

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
Facultad de Derecho – Sección Bizkaia
Departamento de Derecho Público
Área de Derecho Penal

Catedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano

El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso

TESIS DOCTORAL

EMILIO JOSÉ DARÍO ARMAZA ARMAZA
Doctorando

Prof. Dr. CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA
Director



ILUSTRACIÓN DE LA PORTADA INTERIOR:
De keisnijding (Extracción de la piedra de la locura)
Jheronimus Bosch (El Bosco)
Museo del Prado, Madrid

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	1
--	---

CAPÍTULO I

EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO EN LOS DISCURSOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS	17
--	----

I. EL DELINCUENTE PELIGROSO EN EL DERECHO PENAL PREMODERNO	20
--	----

1.1. <i>La eliminación de los incurables en la edad antigua</i>	20
---	----

1.2. <i>El precedente de la estructura discursiva de las emergencias en el medioevo</i>	23
---	----

II. EL DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO EN LOS DISCURSOS PENALES MODERNOS	30
--	----

2.1. <i>Las medidas administrativas y policiales de la ilustración</i>	30
--	----

2.2. <i>El discurso penal del positivismo y su legado en relación con el delincuente imputable peligroso</i>	34
--	----

CAPÍTULO II

LA PRESIÓN MEDIÁTICA, SOCIAL Y POLÍTICA Y EL RETORNO A LA INOCUIZACIÓN	45
--	----

I. PRESIÓN SOBRE EL DERECHO PENAL: LA INFLUENCIA DE LA ALARMA SOCIAL EN LA POLÍTICA CRIMINAL	45
--	----

1.1. La estructura discursiva de las emergencias en el Siglo XXI	47
1.1.1. La presión mediática	54
1.1.2. La presión social	56
1.1.3. La presión política	58
1.2. La influencia de la presión (mediática, social y política) en la política criminal contemporánea: La legitimación de la inoquización del delincuente imputable peligroso	59
1.2.1. La exacerbación de la custodia de seguridad	60
1.2.2. De los registros de delincuentes sexuales a las medidas humillantes	64
1.2.3. El control telemático	66
1.3. Las paradojas de los índices reales de criminalidad: El caso español	68
II. SOBRE LA FUNCIÓN (Y DISFUNCIÓN) DEL DERECHO PENAL	72
CAPÍTULO III	
EL SUJETO PELIGROSO	79
I. SOBRE LOS “SUJETOS PELIGROSOS”	79
1.1. Inimputables	83
1.1.1. Aspectos generales	83
1.1.2. Evaluación de la imputabilidad	86
1.1.3. Consecuencias de la declaración de inimputabilidad	93
1.2. El caso de la imputabilidad disminuida	96
II. LOS SUJETOS IMPUTABLES PELIGROSOS	104
2.1. Concepto	106
2.2. Características	107
2.2.1. Imputabilidad	107
2.2.2. Peligrosidad	115
2.3. Distinción con otras categorías de delincuentes	119
2.3.1. El delincuente habitual	119
2.3.2. Reincidentes	125

III. LA PELIGROSIDAD CRIMINAL COMO PRESUPUESTO DE LA INTERVENCIÓN PENAL	128
3.1. Concepto	128
3.2. Origen y evolución de la noción de peligrosidad	132
3.3. La peligrosidad como cualidad: Aclaración de conceptos entre la peligrosidad criminal, el estado peligroso y la temibilidad	138
3.3.1. Estado peligroso	139
3.3.2. Temibilidad	140
3.4. Clases de peligrosidad	142
3.4.1. Por el presupuesto de la misma: Peligrosidad predelictual y postdelictual	142
3.4.2. Por la naturaleza del daño esperado: Peligrosidad social y peligrosidad criminal	144
3.5. El juicio de peligrosidad	146
3.5.1. Etapas	148
<i>a. Diagnóstico de peligrosidad</i>	148
<i>b. Prognosis criminal</i>	151
3.5.2. Aproximación histórica, estado actual y perspectivas de futuro de los instrumentos de evaluación de la peligrosidad criminal	154
<i>a. Métodos clínicos y actuariales</i>	166
<i>b. Descripción de algunas mediciones disponibles en la actualidad para la valoración de la peligrosidad</i>	168
b.1. Medidas Actuariales	169
<i>i. Violence Risk Appraisal Guide (VRAG) / Sex Offender Risk Appraisal Guide (SORAG)</i>	169
<i>ii. Rapid Risk Assessment for Sexual Offence Recidivism (RRASOR)</i>	172
<i>iii. Static 99 (Hanson y Thornton, 1999)</i>	174
<i>iv. Iterative Classification Tree (ICT) (Monahan, 2000)</i>	175
b.2. Medidas Clínicas Estructuradas	176
<i>i. Psychopathy Checklist-Revised: PCL-R</i>	176
<i>ii. HCR-20. Violence Risk Assessment Scheme (WEBSTER, DOUGLAS, EAVES y HART, 1997)</i>	178

b.3. Otros instrumentos	179
i. <i>Sexual Violence Recidivism-20 (SVR-20) (BOER, WILSON, GAUTHIER y HART, 1997)</i>	179
ii. <i>Minnesota Sex Offender Screening Tool (MnSOST)</i>	180
iii. <i>Structured Risk Assessment (SRA) (THORNTON, 1997)</i>	180
iv. <i>Minnesota Multiphasic Personality Inventory-2 (MMPI-2) de HATTHAWAY y MCKINLEY</i>	181
v. <i>Sistemas de Megargee y Bohn Kalichman para la clasificación de delincuentes</i>	182
CAPÍTULO IV	
EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL ESPAÑOL	185
I. RESPUESTAS PENALES PARA SUJETOS PELIGROSOS INIMPUTABLES O SEMIIMPUTABLES: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	185
II. RESPUESTAS PENALES PARA SUJETOS IMPUTABLES PELIGROSOS	191
2.1. El tratamiento de los sujetos peligrosos en la historia del ordenamiento jurídico español	191
2.2. Respuestas penales para sujetos imputables peligrosos en el Código Penal de 1995	195
2.2.1. Respuestas penales articuladas en la formulación original del Código Penal	195
a. <i>La agravante de reincidencia</i>	195
b. <i>Imposibilidad de aplicación de ciertos beneficios penales</i>	201
b.1. Declarar la imposibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad	201
b.2. Declarar la imposibilidad de la sustitución de las penas privativas de libertad	204
b.3. Declarar la imposibilidad de la concesión del beneficio de la libertad condicional	205
c. <i>Crítica a la formulación original del Código Penal</i>	206
2.2.2. Respuestas penales introducidas por la reforma del Código Penal	

en el 2010: La introducción del sistema dualista de consecuencias jurídicas del delito para el delincuente imputable peligroso	209
--	-----

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO Y A LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN AL DERECHO PENAL EN RELACIÓN CON ELLAS	213
--	-----

I. BREVES CONSIDERACIONES PARA LA AFINACIÓN DE LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON EL FUNDAMENTO Y FINES DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO	213
1.1. La pena	217
1.2. Medidas de seguridad y reinserción social	221

II. POSIBLES INCOMPATIBILIDADES ENTRE LAS DIVERSAS RESPUESTAS ANTE EL PROBLEMA DE LOS SUJETOS PELIGROSOS EN RELACIÓN CON ALGUNOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL	225
2.1. Principio de proporcionalidad	225
a) El principio de proporcionalidad y la pena	225
b) El principio de proporcionalidad y las medidas de seguridad	228
2.2. Derecho penal de autor	234
2.2.1. Riesgos de confusión entre el Derecho penal de autor y el delincuente imputable peligroso	236
2.2.2. Derecho penal de autor y Derecho penal del enemigo	240
2.3. Principio de ne bis in idem	247
2.4. Reflexiones finales	249

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS RESPUESTAS ACTUALES MÁS CONTROVERTIDAS PARA HACER FRENTE A LOS DELINCUENTES IMPUTABLES PRELIGROSOS	255
--	-----

I. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE DE LA INTERVENCIÓN PENAL	255
1.1. Derecho a la integridad física y moral	256

1.2. Derecho a la intimidad	258
1.3. Derecho a la libertad ambulatoria	259
1.4. Prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes como una concreción de la vulneración de la dignidad humana	260
II. PENAS Y ALGUNOS EFECTOS ESPECIALES EN LAS MISMAS	261
2.1. El recurso a determinadas penas para combatir la criminalidad del delincuente imputable peligroso: su viabilidad constitucional y político-criminal	261
2.2. El endurecimiento de la duración y del cumplimiento de la pena	266
2.2.1. La agravante de reincidencia	266
2.2.2. Imposibilidad de aplicación de ciertos beneficios penales	270
a) Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad	270
b) Imposibilidad de la sustitución de las penas privativas de libertad	273
c) Imposibilidad de la concesión del beneficio de la libertad condicional	274
2.2.2. Viabilidad constitucional y político-criminal del recurso al endurecimiento de la duración y del cumplimiento de la pena	275
III. EL RECURSO A LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO PARTE DEL TRATAMIENTO DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL DEL DELINCUENTE IMPUTABLE	279
3.1. Custodia de seguridad	279
3.1.1. La custodia de seguridad: Pasado y presente	279
a) Origen de la medida	279
b) Aproximación conceptual	282
c) Funcionamiento	282
3.1.2. La aplicación de la custodia de seguridad como tratamiento penal del delincuente imputable peligroso	288
3.1.3. Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación de la medida	291
3.2. Libertad vigilada	302
3.2.1. Nuevos enfoques y experiencias en relación con la libertad vigilada	302

3.2.2. Análisis específico de la introducción de la medida de libertad vigilada en el ordenamiento jurídico español	305
a) Un nuevo presupuesto para la imposición de una medida de seguridad y reinserción social no privativa de libertad	317
b) Definición de la medida de seguridad de libertad vigilada	322
c) El contenido de la medida	324
c.1) Prohibiciones y obligaciones que tienden a controlar la libertad del condenado	325
c.2) Prohibiciones y obligaciones que tienden a proteger a la víctima	328
d) La cuestión de la obligación de seguir un tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico	332
e) Incumplimiento	345
3.2.3. Control telemático	347
a) El control telemático: Pasado y presente	347
<i>a.1) Origen del seguimiento telemático</i>	348
<i>a.2) Aproximación conceptual</i>	356
<i>a.3) Funcionamiento y tecnología utilizada para el control telemático de ubicación</i>	358
b) La aplicación del control telemático al delincuente imputable peligroso	365
c) Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación del control telemático a los delincuentes imputables peligrosos	369
d) Consideraciones específicas en relación con los problemas ético-jurídicos derivados del posible uso del control telemático desarrollado mediante la implantación del indicador en el interior del cuerpo del condenado	373
3.3. Los registros especiales y la notificación a la comunidad	379
3.3.1. Los registros especiales y la notificación a la comunidad: Pasado y presente	379
<i>a) Origen de la medida</i>	379
<i>b) Aproximación conceptual</i>	382
<i>c) Funcionamiento</i>	382
3.3.2. Los registros especiales y la notificación a la comunidad como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso	384

3.3.3. Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación de la medida	385
3.4. Castración química	389
3.4.1. Castración química: Pasado y presente	389
<i>a) Origen de la castración química</i>	390
<i>b) Aproximación conceptual</i>	392
<i>c) Procedimiento utilizado</i>	393
3.4.2. La castración química como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso	394
3.4.3. Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación de la medida	395
3.5. Psicocirugía	399
3.5.1. Psicocirugía: Pasado y presente	399
<i>a) Origen de la psicocirugía</i>	400
<i>b) Aproximación conceptual</i>	407
<i>c) Procedimientos quirúrgicos utilizados</i>	409
c.1) Cingulotomía	410
c.2) Tractotomía subcaudada (TSC)	411
c.3) Leucotomía límbica	412
c.4) Capsulotomía anterior	413
c.5) Hipotalamotomía posteromedial	413
c.6) Neuromodulación eléctrica o química	414
3.5.2. La psicocirugía como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso	415
3.5.3. Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación de la medida	418
CAPÍTULO VII	
PROPUESTA PARA EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO EN DERECHO ESPAÑOL	423
I. EN BUSCA DE LA RESPUESTA MENOS LESIVA PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS SUJETOS PELIGROSOS Y MÁS EFICAZ EN	

RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS BIENES PENALMENTE TUTELADOS	423
II. POSIBILIDADES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PROPUESTA EN ESPAÑA	428
III. LAS GARANTÍAS A TENER EN CUENTA ANTE LA MATERIALIZACIÓN DE UNA POLÍTICA TERAPÉUTICA O INOCUIZADORA	429
3.1. Personal cualificado para realizar el juicio de pronóstico de Peligrosidad	429
3.2. Revisión periódica del pronóstico	430
3.3. Límites a la privación de libertad	432
CAPÍTULO VIII CONCLUSIONES	435
ANEXOS	
I. ANEXO 1: ESTADÍSTICAS DE CONDENADOS POR LA COMISIÓN DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES EN ESPAÑA	455
II. ANEXO 2: ESTADÍSTICAS DE CONDENADOS POR LA COMISIÓN DE DELITOS DE HOMICIDIO EN ESPAÑA	469
BIBLIOGRAFÍA	485

INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

No cabe duda que una de las cuestiones que en el ámbito de la política-criminal ha venido adquiriendo mayor importancia durante los últimos lustros, es la constituida por el tratamiento penal que el Estado debe dispensar al delincuente imputable peligroso de criminalidad grave¹. En este sentido, a

¹ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, “«Sexual Predators». Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre de 2007, p. 3; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, GARCÍA VALDEZ, Carlos / CUERDA RIEZU, Antonio / MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / ALCÁCER GUIRAO, Rafael / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.), Edisofer, Madrid, 2008, p. 975; CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista Penal*, n.º 22.—Julio 2008, pp. 17 y 18; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 40-41; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 6, *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad

pesar de que a lo largo de la historia las diversas sociedades humanas han tenido que establecer diversos mecanismos que permitan gestionar la peligrosidad criminal de estas personas², no ha sido sino hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX cuando la discusión en torno a las posibles respuestas penales para esta clase de delincuentes comenzó a adquirir una diversificación nunca antes vista —debido, indudablemente, a la explosión del desarrollo científico-tecnológico que las sociedades contemporáneas han experimentado durante las últimas décadas— por lo que se empezó a incluir en el debate una serie de respuestas penales de particular novedad tales como la castración química, los registros informáticos de delincuentes peligrosos, el control telemático de los mismos, etc.

En efecto, la arcaica solución, consistente en la privación definitiva y perpetua de la libertad, que en su momento FRANZ VON LISZT (1851 - 1919) propusiera para el tratamiento de esta clase de personas³, nos hace advertir que antaño la respuesta penal para este problema social y político estuvo

de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 19-21; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y Reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, TORÍO LÓPEZ, Ángel / SANZ MORÁN, Ángel (Directores), Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 69 y 70; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, “Discusión sobre las medidas a adoptar en función de la peligrosidad del autor”, en *Circunstancia*, Año VI, Núm 16, Mayo 2008, pp. 1-5.

² Un profundo análisis sobre los discursos penales y criminológicos que, a lo largo de la historia, muchas veces justificaron una intervención genocida por parte del Derecho Penal como reacción ante la actuación de los sujetos peligros de criminalidad grave, mediana y leve, así como de otros “enemigos” en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 81-112.

³ Recuérdese que a LISZT pertenecen las siguientes palabras: “*La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida*”. Véase, VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el Derecho penal*, Traducción de AIMONE GIBSON, Enrique, Revisión técnica y Prólogo de Manuel de RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Edeval, Valparaíso, 1984, p. 120.

constituida por la simple aplicación sistemática de las tres formas más cruentas de inocuización de las que el *ius puniendi*, en aquel momento, disponía: la pena de muerte, la deportación o, finalmente, la prisión perpetua.

Como hemos indicado, la discusión dogmática en torno a este antiguo problema, a lo largo de los últimos años, se ha visto claramente revitalizada y parece ser que ello se debe, en gran medida, a la concurrencia de una serie de factores que han incidido decisivamente en las respuestas legislativas articuladas hasta el momento:

a) *la aparición de los medios de comunicación de alcance mundial*⁴: Lo cual ha posibilitado que ante la comisión de determinado delito —que, a pesar de su gravedad, podría ser aislado o formar parte de una clase de infracciones raramente cometidas— la sociedad se vea sumida en un estado de emergencia del cual necesita salir a toda costa —dada la gran importancia de los bienes jurídicos que potencialmente sería lesionados— fomentando y propiciando la adopción de una serie de medidas y respuestas legislativas que, por un lado, poseen como único fundamento y motivación la alarma social existente en dicho momento y, por otro, tienen como único fin el restablecimiento del estado de paz quebrantado con la actuación de dicho delincuente⁵;

⁴ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Editorial Comares, Granada, 2006, pp. XI – XII.

⁵ Un análisis pormenorizado en: SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, “Alarma social y Derecho penal” en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ROMEO CASABONA, Carlos María / SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (Eds.), ARMAZA ARMAZA, Emilio José (Coord.), Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 53 y ss.; BARATA, Francesc, “Las nuevas fábricas del miedo: los *mass media* ante la inseguridad ciudadana”,

b) el desarrollo y perfeccionamiento de nuevas formas de responder ante la actividad delictiva: En este sentido, es indispensable resaltar el gran consenso doctrinal en relación con las nocivas consecuencias que la privación de libertad tiene para el ser humano⁶, así como la novedosa discusión en relación con el posible recurso a otras [nuevas] respuestas penales⁷ tales como el control telemático o los modernos programas de terapia social; y, finalmente,

c) el interés por la efectiva protección de los bienes jurídicos más importantes: Así, es patente el interés político y, principalmente, social por la articulación de una respuesta que cumpla satisfactoriamente con el aseguramiento de los bienes jurídicos más importantes de los miembros de la sociedad, frente a los posibles ataques que deriven de la peligrosidad manifestada por esta clase de delincuentes. Es evidente que este factor interactúa íntimamente con el primero de los enumerados (el desarrollo de los medios de comunicación de alcance mundial), pues su intensidad, es decir, la intensidad del interés por la protección de ciertos bienes jurídicos en muchas

en *La protección de la seguridad ciudadana*, MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio (Ed.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, San Sebastián, 1995, pp. 83 y ss; DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 34 y ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo, “«Sexual Predators». Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁶ Cfr. por todos CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*, *op. cit.*, p. 36.

⁷ Cfr. CÉRÉ, Jean-Paul “As novas tecnologias a serviço do Direito Penal: Monitoramento eletrônico estático e móvel”, en *Monitoramento eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 2008, pp. 91-92

ocasiones se ve potenciada por la alarma social en la que determinada sociedad se vea sumida.

De esta forma, en los países más cercanos a nuestro entorno, el tratamiento penal dispensado a los llamados violadores —*sexual predators*— y asesinos en serie —*serial killers*— se lleva de acuerdo con dos modelos⁸: el primero —adoptado, entre otros, por Inglaterra, Suecia y Grecia— intenta resolver el problema únicamente en el ámbito de la pena (ya sea mediante la agravación de la misma o mediante la imposición de condenas de duración indeterminada o perpetua), mientras que el segundo —adoptado por Alemania, Estados Unidos, Suiza, Japón y, recientemente por España⁹— lo hace a través

⁸ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, *op. cit.*, pp. 975 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 375.

⁹ En efecto, en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 de junio de 2010), se introduce la medida de seguridad de libertad vigilada. Dicha modificación del CP hispano trae como novedad la posibilidad de imponer medidas de seguridad a sujetos imputables que sean portadores de peligrosidad.

Conviene recordar que con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, no se había articulado una respuesta penal que estuviera específicamente pensada para el tratamiento del delincuente imputable peligroso, por lo que, en estos supuestos, la práctica judicial se veía en la necesidad de recurrir a la agravación de la pena —en virtud de lo establecido en el artículo 22, núm. 8.º del Código Penal (agravante de reincidencia)— y/o a la exasperación de la ejecución de la misma —recuérdese que la peligrosidad criminal de un sujeto en algunas ocasiones podría imposibilitar el acceso a los beneficios penitenciarios de suspensión (artículos 80, núm. 1.º; 81, 1.ª; 87, núm. 2) y sustitución de las penas privativas de libertad (artículo 88, núm. 1.º, primer y segundo párrafo), así como a la libertad condicional (artículo 90, núm. 1.º C; artículo 92, núms. 1.º, 2.º y 3.º)—. Cfr. DE MARCOS MADRUGA, Florencio, “Las modificaciones en el régimen jurídico de las penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código Penal: aspectos penitenciarios”,

de medidas de seguridad tales como el internamiento en un centro de terapia social, la custodia de seguridad, la castración química, los registros especiales y notificación a la comunidad y, finalmente, la libertad vigilada —dentro de la que tiene cabida, naturalmente, el control telemático—¹⁰.

En este sentido, la presente investigación —que se centra en el análisis del ordenamiento jurídico español— persigue siete objetivos claramente definidos:

a) El análisis de los discursos penales y criminológicos que a lo largo de la historia pretendieron idear una respuesta penal para el tratamiento del delincuente imputable peligroso¹¹. Ello en la medida que es importante

en *Diario La Ley*, Nº 7576, Sección Tribuna, 24 de febrero de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley, pp. 11 – 13, Acceso electrónico [www.laley.es].

¹⁰ Un análisis más detallado sobre el tratamiento del delincuente imputable peligroso en Derecho comparado, en: SANZ MORÁN, Ángel José, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, BUENO ARÚS, Francisco / KURY, Helmut / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis / SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1086 y 1087; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, *op. cit.*, pp. 983 y 984; ROBLES PLANAS, Ricardo, “«Sexual Predators». Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 5-12; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y Reincidentes”, *op. cit.*, pp. 75-78; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, “Discusión sobre las medidas a adoptar en función de la peligrosidad del autor”, en *Circunstancia*, Año VI, Núm 16, Mayo 2008, pp. 1-5. Más adelante trataremos esta cuestión con detenimiento.

¹¹ No nos ocupamos, más que de forma tangencial, al estudio del tratamiento penal que el estado debería articular para el tratamiento de la peligrosidad criminal de los delincuentes inimputables o semiimputables. Es fundamental para el análisis de esta cuestión la obra, de reciente aparición, del profesor URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias*

recordar que un breve repaso de esta cuestión podría permitirnos conocer, además de los presupuestos filosóficos y jurídicos que fundamentaron las reacciones penales de antaño, los errores y —aunque en menor medida— aciertos de los personajes que en otro tiempo se ocuparon del tema materia de análisis¹²; claro está, todo esto con el añadido de que, asimismo, podría permitirse al lector encontrar una serie de rasgos y características coincidentes con el tratamiento que hoy en día se dispensa al delincuente imputable peligroso en algunos países cercanos a nuestro entorno cultural.

b) El análisis de las distintas formas de presión (mediática, social y política) que a lo largo de las últimas décadas han guiado la política legislativa en lo que se refiere al tratamiento penal del delincuente criminalmente peligroso. En efecto, como veremos más adelante, el tema de la articulación de una respuesta penal específica para el delincuente imputable peligroso últimamente se ha visto seriamente afectado por la presión que ciertos colectivos (los llamados *gestores atípicos de la moral*) han venido imprimiendo para que la respuesta a este problema no sea una de las más felices, pues con base en sus alegatos se ha incrementado de forma exponencial el rigor penal y, por consiguiente, los costes iusfundamentales derivados de la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito.

jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica, Editorial Comares, Granada, 2009.

¹² COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, Traducción, prólogo y notas de Mariano RUIZ-FUNES GARCÍA, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México D.F., 1953, pp. 13 y 14; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, GARCÍA VALDEZ, Carlos / CUERDA RIEZU, Antonio / MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / ALCÁCER GUIRAO, Rafael / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.), EDISOFER, Madrid, 2008. p. 976.

Conviene resaltar que también prestaremos atención al análisis de la función del Derecho penal mismo pues, debido a la injerencia de los gestores atípicos de la moral, en varias ocasiones el legislador parece haber perdido el norte, reemplazando las funciones intrínsecas de la ciencia de los delitos y de las penas por otras tantas que, de una u otra forma, trastocan las bases y pilares sobre los cuales se construye el Derecho penal.

c) El análisis antropológico y jurídico del sujeto criminalmente peligroso. En efecto, como sabemos, la discusión en relación con este asunto gira en torno a una característica que hasta hace pocas décadas se pensaba que únicamente podría concurrir en sujetos inimputables o, al menos, semiimputables: la peligrosidad criminal. Con la comprobación de que algunas personas plenamente imputables también pueden ser portadoras de esta característica, se ha iniciado el debate en torno a la forma de responder ante ellas (discusión que, por lo general, se centra en el debate entre la posibilidad de aplicar penas o medidas de seguridad), por lo que creemos que constituye un eje fundamental de la presente investigación el análisis antropológico del delincuente imputable peligroso —su definición y distinción con otras categorías de delincuentes—, así como el estudio del concepto jurídico-penal de peligrosidad, su utilidad y función, así como las modernas formas de predicción y/o pronóstico de la misma.

d) El estudio de algunas consideraciones generales (y, cuando sean necesarias, particulares) en relación con la estructura dogmática de las consecuencias jurídicas del delito. En este sentido, dicho análisis nos permitirá desvelar los problemas a los que la doctrina contemporánea se ha enfrentado para poder decantarse por alguna de las dos clásicas consecuencias del delito como parte del tratamiento penal de esta clase de delincuentes. Conviene poner de manifiesto que dicho análisis nos permitirá adoptar una posición en

relación con el tipo de consecuencia jurídica que deberá imponerse a aquellas personas imputables y peligrosas que hayan cometido una infracción penal de considerable magnitud. Dicha postura será la base sobre la cual podremos elaborar una propuesta para el tratamiento penal de esta clase de delincuentes.

e) El análisis crítico de las respuestas penales más controvertidas en relación con el tema materia de análisis. En este sentido, será fundamental el estudio de las respuestas articuladas en Derecho comparado, así como de la doctrina y jurisprudencia que ha dado pie a que dichas respuestas sean adoptadas en algunos países. De otro lado, nos detendremos a analizar la viabilidad constitucional y político criminal que reviste cada una de estas respuestas a la luz, claro está, de los principios, derechos y garantías que informan tanto al Estado de Derecho como al Derecho penal mismo.

f) Especial mención merece el análisis del tratamiento del delincuente imputable peligroso en el sistema penal español. Ello se debe principalmente a que, como sabemos, el legislador hispano con la modificación del CP, operada por el texto de reforma de 2010, ha cambiado el sistema de consecuencias jurídicas del delito a través de la introducción del sistema dualista de imposición de penas y medidas de seguridad para el delincuente imputable portador de peligrosidad criminal.

En este sentido nos internaremos en el análisis crítico y exhaustivo de la nueva medida de libertad vigilada pues, como hemos indicado, representa una realidad de novedosa importancia para el sistema español de consecuencias jurídicas del delito.

g) Finalmente, con base en el discurso mantenido a lo largo del trabajo, intentaremos establecer algunas líneas guía que nos lleven a la estructuración de una propuesta penal para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. Para ello, además de las cuestiones de carácter dogmático o

doctrinario, prestaremos minuciosa atención a los aportes que la psicología y psiquiatría forense pueda ofrecernos —bien para la elaboración del pronóstico de peligrosidad, bien para la evaluación de la eficacia de un eventual tratamiento psicológico o psiquiátrico de los sujetos imputables criminalmente peligrosos—. No serán ajenas al análisis algunas cuestiones relativas con la realidad socio-económica del Estado español, pues serán condición indispensable para que eventualmente podamos pronunciarnos sobre alguna respuesta que requiera una fuerte inversión económica.

Teniendo en cuenta estos objetivos, hemos creído conveniente estructurar el trabajo de investigación en ocho capítulos, a lo largo de los cuales, nos internaremos en el estudio:

a) Del tratamiento del delincuente imputable peligroso en los discursos penales y criminológicos, asumiendo que este estudio es fundamentalmente jurídico y que por ello las aportaciones criminológicas son instrumentales. Cabe resaltar que, a pesar de que el estudio histórico de este problema político-criminal es muy interesante, hemos sacrificado la realización de un análisis pormenorizado de este aspecto debido a la intensidad del debate que en nuestros días ha envuelto la cuestión del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. No obstante, de forma panorámica, se consagran algunas páginas al estudio de este aspecto;

b) Del problema de la presión mediática, social y política y su vinculación con el llamado “retorno de la inocuización”, pues la experiencia internacional —especialmente la vivida a lo largo de las últimas décadas— ha demostrado que este constituye un factor que interfiere de forma decisiva en la adopción de una u otra política legislativa. Conviene resaltar que es especialmente interesante el estudio de la llamada “estructura discursiva de las emergencias”, pues dicho fenómeno cobra importancia al momento de analizar

la interacción de la presión (mediática, social, política) con las diversas tendencias adoptadas por la política criminal de una sociedad concreta;

c) Del delincuente imputable peligroso, su concepto, características, la peligrosidad criminal, las modernas técnicas de las que la psicología y psiquiatría forenses disponen hoy en día para efectuar el diagnóstico y pronóstico de la misma, así como el índice de fiabilidad de ellas. Ello en la medida que somos plenamente conscientes de que el análisis jurídico-antropológico de esta particular clase de infractores penales juega un papel fundamental al momento de evaluar las posibles respuestas penales que deben articularse como mecanismo de gestión (tratamiento o, en su caso, inocuización) de la peligrosidad criminal portada por estas personas;

d) Del tratamiento del delincuente peligroso en el Derecho positivo español;

e) De los criterios a afinar en relación con el fundamento y fines de las consecuencias jurídicas del delito, así como de las posibles incompatibilidades que pueden tener las diversas respuestas en relación con los derechos humanos y los principios que informan al Derecho Penal de un estado democrático y garantista. Este análisis reviste una importancia especial en la medida que, como sabemos, las diversas respuestas penales siempre comportan el menoscabo de derechos fundamentales, por lo que se hace necesaria la evaluación de los límites que el Derecho penal no puede sobrepasar —teniendo en cuenta, claro está, las garantías derivadas del respeto a los principios consagrados en el ordenamiento jurídico— para la consecución de ciertas finalidades de carácter meramente asegurativo ante la peligrosidad criminal portada por determinados delincuentes;

f) Del análisis crítico de las respuestas actuales más controvertidas articuladas como consecuencia jurídica de los delitos cometidos por el

delincuente imputable peligroso. Este ejercicio nos permitirá evaluar la viabilidad político-criminal de las diversas respuestas articuladas en los países más cercanos a nuestro entorno cultural teniendo en cuenta, como hemos indicado en el párrafo anterior, los límites establecidos por los derechos humanos así como por las garantías derivadas de los principios que informan al Derecho Penal.

g) Del posible sistema de respuestas [penales] que creemos que el Estado de Derecho debería articular como mecanismo de tratamiento o contención de la peligrosidad criminal revelada por algunos delincuentes imputables. No dejaremos de lado el análisis de la viabilidad constitucional, político-criminal y económica de nuestra propuesta en el marco del Derecho Penal español, pues no cabe duda de que su equilibrio y racionalidad estará condicionada e ella, al igual que otras respuestas penales articuladas para hacer frente a este fenómeno y, finalmente;

h) De las conclusiones de la investigación.

De otro lado, y hechas ya estas precisiones respecto de la estructura y de las pretensiones de la investigación, creemos que es necesario resaltar que con el desarrollo del presente trabajo se ha contribuido a una mejor comprensión de algunos temas que hasta la fecha no habían sido tratados en profundidad por la doctrina especializada en Derecho penal. Dentro de este conjunto de cuestiones, nos encontramos, en primer lugar, con el análisis estadístico del fenómeno de los delincuentes imputables peligrosos. El interés jurídico de dicho estudio radica en el hecho de que el Derecho, y concretamente el Derecho penal, al momento de desarrollar una u otra propuesta de tratamiento penal para estos supuestos ha de estar informado y, desde luego, tener en cuenta la magnitud real (cuantitativamente hablando) del

problema al cual se le pretende dar una respuesta. Es altamente probable que, en el caso específico que nos importa (el índice de criminalidad real proveniente de delincuentes imputables peligrosos), la política legislativa de los países más cercanos a nuestro entorno se haya dejado influenciar por una serie de “discursos de emergencia” fundados en estadísticas erradas. Es precisamente por esa razón que convenía despejar, en primer término, todas las dudas relacionadas con la magnitud del problema al que pretendemos dar una respuesta.

De otro lado, ha sido igualmente interesante el estudio que hemos desarrollado sobre la peligrosidad criminal. En otros importantes e influyentes trabajos sobre la materia se había puesto especial énfasis en la construcción teórica del concepto, fundamento y clases de peligrosidad relevantes para el derecho penal¹³, pero no se había profundizado en la cuestión de los métodos empíricos de elaboración del pronóstico de peligrosidad —debido creemos al poco avance que la psiquiatría y la psicología había alcanzado hasta hace

¹³ Respecto de esta cuestión y en lengua hispana, han sido fundamentales obras de: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho Penal moderno*, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Reus, Madrid, 1920; DONNA, Edgardo Alberto, *La peligrosidad en el Derecho penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978; TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Peligrosidad social y estado de derecho*, Akal, Madrid, 1981; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1986; GRACIA MARTÍN, Luis, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*, Luis GRACIA MARTÍN (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Editorial Comares, Granada, 2009.

algunas décadas respecto de dicho tema—. A lo largo de la investigación se podrá encontrar una reseña de los instrumentos que en la actualidad parecen ser útiles para el desarrollo del juicio de peligrosidad, así como un estudio sobre las perspectivas y dificultades que, en relación con la materia, se presentan a los especialistas. La importancia de esta cuestión estriba en el hecho de que, al ser la peligrosidad criminal el fundamento de la imposición de una consecuencia jurídica del delito —que puede llegar a ser, incluso, privativa de libertad—, el juicio de peligrosidad elaborado por el juez debe llegar a gozar de un alto grado de fiabilidad a fin de ser compatible con las exigencias de seguridad jurídica del Estado de Derecho.

Otra interesante contribución es la vinculada con la presentación de un estudio global, pormenorizado y crítico de las respuestas penales más controvertidas en relación con la materia. Se ha prestado especial atención a aquellas respuestas que pueden ser consideradas como medidas de seguridad dado que, como se verá, la propuesta que sostendremos irá vinculada a la implementación de un sistema dualista de sanciones penales como parte del tratamiento que el estado debe dispensar al delincuente imputable peligroso. En este sentido, cabe resaltar que hemos intentado reforzar los planteamientos del sector doctrinal que sostiene que el tratamiento penal de esta clase de delincuentes debe llevarse a cabo por medio del recurso a las medidas de seguridad¹⁴.

¹⁴ Han defendido esta postura, entre otros, los profesores CEREZO MIR y SILVA SÁNCHEZ. Véanse sus obras: 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*, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993; el mismo, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista Penal*, Núm. 12, Editorial Praxis, Barcelona, Julio – 2008; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte*

Esperamos, pues, que las siguientes páginas sean provechosas para el lector.

General, III, Teoría Jurídica del Delito/2, Editorial Tecnos, 4ª Reimpresión, 2004; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en *Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 6, El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009; el mismo, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *Diario La Ley*, Nº 7464, Sección Doctrina, 9 Septiembre de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es]; el mismo, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2001.

CAPÍTULO I

EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO EN LOS DISCURSOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS

Como bien ha señalado la doctrina, la intrincada cuestión de las respuestas penales que los órganos de gobierno de las diversas sociedades deberían articular para tratar o, en su caso, contener la peligrosidad criminal portada por algunos delincuentes imputables no constituye un tema que únicamente se debata en nuestros días¹⁵. En este sentido, dado que, como

¹⁵ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1986, pp. 15 y ss.; el mismo, "Peligrosidad", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XIX, PELLISÉ PRATS, Buenaventura (Dir.), Editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1989, pp. 283-286; GRACIA MARTÍN, Luis, "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, GARCÍA VALDEZ, Carlos / CUERDA RIEZU, Antonio / MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / ALCÁCER GUIRAO, Rafael / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.), EDISOFER, Madrid, 2008, p. 976; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, pp. 22 y ss; JAKOBS, Günther, "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena", en *InDret*, Barcelona, Febrero, 2009, pp. 4-6; GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Primera Parte, Penas y medidas de seguridad. Sistemas penales. Clasificaciones de las penas. Las penas en particular*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2009, pp. 66

indica el Prof. ZAFFARONI, *nada es demasiado nuevo en el Derecho Penal*¹⁶ y que el sujeto peligroso ha estado presente desde la aparición misma de la sociedad política, es lógico pensar que desde antaño, diversos han sido los discursos han tratado de idear una respuesta ante los continuos ataques que este tipo de delincuentes perpetraban contra los distintos bienes jurídicos que a lo largo de la historia han sido considerados valiosos para los miembros de la sociedad¹⁷.

– 77; URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 211 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Cuarta Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 375 y 376.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 81; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., pp. 375.

¹⁷ Recuértese que, como afirma la doctrina dominante, al Derecho Penal le incumbe la función de “protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y de la comunidad”. Cfr. por todos, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción, Sexta edición*, Editorial Tecnos, 2004, p. 13. No obstante, interesa dejar constancia de que, como veremos más adelante, tampoco sería ajena a la ciencia del Derecho Penal la tarea de evaluar los grados de irracionalidad del poder punitivo —pues, como señala ZAFFARONI, *éste siempre es irracional en razón de su selectividad*— con el objeto de proyectar un *dique inteligente que impida el paso del poder punitivo más irracional y permita circular el de menor irracionalidad, para que no se destruya el dique*. Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 32; el mismo, “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Domingo García Rada*, REGIS PRADO, Luis / GONZÁLEZ CAMPOS, Róbinson / GUZMÁN DALBORA, José Luis / URRUELA MORA, Asier / PALOMINO MANCHEGO, José F. / QUINTANILLA CHACÓN, Manuel (Comité Científico), ARMAZA GALDOS, Julio (Dir.), Editorial Adrus, Arequipa, 2006, pp. 462 - 464 y, especialmente, 475 y 476.

En esta línea de ideas, no debemos olvidar que un breve repaso del tratamiento que los distintos discursos penales y criminológicos consideraron adecuado para este problema a lo largo de la historia nos permitiría conocer, además de las ideologías que fundamentaron las reacciones penales de antaño, los errores y —aunque en menor medida— aciertos de los personajes que en otro tiempo se ocuparon del tema materia de análisis¹⁸; claro está, todo esto con el añadido de que, asimismo, podría permitirse al lector encontrar una serie de rasgos y características coincidentes con el tratamiento que hoy en día se dispensa al delincuente imputable peligroso en algunos países cercanos a nuestro entorno cultural.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, a continuación presentaremos un panorama general sobre las ideas ius-filosóficas y teórico-políticas más relevantes que, desde tiempos remotos, han pretendido zanjar el asunto que gira en torno a la cuestión del tratamiento penal que debería implementar el Estado para contener los ataques perpetrados por todos aquellos delincuentes que, además de ser plenamente imputables, son criminalmente peligrosos¹⁹.

¹⁸ COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, Traducción, prólogo y notas de Mariano RUIZ-FUNES GARCÍA, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México D.F., 1953, pp. 13 y 14; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, GARCÍA VALDEZ, Carlos / CUERDA RIEZU, Antonio / MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / ALCÁCER GUIRAO, Rafael / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.), EDISOFER, Madrid, 2008. p. 976.

¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., pp. 375; HEBENTON, Bill / SEDDON, Toby, “From Dangerousness to Precaution: Managing Sexual and Violent Offenders in an Insecure and Uncertain Age”, en *The British Journal of Criminology*, Vol. 49, Núm. 3, Centre for Crime and Justice Studies, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 343 y ss.

I. EL DELINCUENTE PELIGROSO EN EL DERECHO PENAL PREMODERNO

1.1. La eliminación de los incurables en la edad antigua

Como es sabido, la doctrina es coincidente al señalar a PROTÁGORAS (aprox. 485 – 411 ac.) y a PLATÓN (427 – 347 ac.) como grandes pioneros en relación con esta cuestión pues, en efecto, los discursos que ambos personajes articularon para tratarla son los más antiguos que hasta el momento han sido reseñados por parte de los autores que se han ocupado del análisis histórico del tema²⁰.

En efecto, para PROTÁGORAS la única excepción a su concepción de la pena —a la que, dado su rechazo a todo sentido retributivo, le asignaba por regla general exclusivamente finalidades disuasorias y pedagógicas— estaba constituida precisamente por las finalidades preventivo-asegurativas —esto es, inocuizadoras— que se debían perseguir cuando el delincuente fuese un “*incurable*”. Según éste filósofo, en el supuesto que nos ocupa, la reacción apropiada tendría que estar necesariamente direccionada hacia la consecución de que el delincuente fuese excluido totalmente de la sociedad, pues señalaba

²⁰ Así, AMUNÁRRIZ, M^a Isabel / MUÑOZ, Luz M^a / DE LA CUESTA, José Luis / LORENZO, Ramiro / RESUSTA, Mauricio, “La peligrosidad y los jóvenes, Prostitución, toxicómanos y ebrios habituales”, en “*Eguzkilore*”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Edición patrocinada por la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, San Sebastián, p. 21; ROMEO CASABONA, Carlos MARÍA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1986, p. 15; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 284 - 285; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 976; ZAFFARONI, Eugenio RAÚL, *El enemigo en el Derecho penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 81.

que “[...] al que no obedezca, por más que se le castigue y enseñe, hay que echarle de la ciudad o matarle como si se tratase de un incurable”²¹ y que “[...] al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminan como a una enfermedad de la ciudad”²².

De otro lado, tal y como habíamos indicado, PLATÓN también dedicó su atención al tema. En efecto, este autor —que consideraba a las sanciones como una medicina para el espíritu— desarrolló, por primera vez en el occidente, la idea de que es inferior todo aquel individuo incapaz de acceder al mundo de las ideas puras y de que, cuando esta incapacidad sea irreversible, dicho sujeto debe, necesariamente, ser eliminado²³.

Aunque son menos conocidas —pero no por ello menos importantes— en esta misma época podemos también encontrar otras voces que se pronunciaron sobre el tema que ocupa nuestra atención, tal vez siguiendo la

²¹ Véase PROTÁGORAS 325a [p. 530], citado por GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 976; y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 81.

²² Véase PROTÁGORAS 322d [p. 527]. Esta cita ha sido tomada del trabajo realizado por GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 976.

²³ PLATÓN, *Las Leyes*, IX, en *Obras completas*, t. IV, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, pp. 95 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio RAÚL, *El enemigo en el Derecho penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 81; AMUNÁRRIZ, M^a Isabel / MUÑOZ, Luz M^a / DE LA CUESTA, José Luis / LORENZO, Ramiro / RESUSTA, Mauricio, “La peligrosidad y los jóvenes, Prostitución, toxicómanos y ebrios habituales”, en “*Eguzkilore*”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Edición patrocinada por la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, San Sebastián, p. 21.

misma tendencia caracterizada por la acentuación de los fines preventivos que podrían conseguirse a través de la sanción.

Así, el sofista que escribió la obra denominada *Anónimo de Jámblico* (elaborada aproximadamente entre los siglos V y IV ac.) es, asimismo, insistente en la idea de que es conveniente inocuizar a todo aquel que genere un riesgo para la sociedad —idea que, en opinión del Profesor GRACIA MARTÍN, bien podría ser asumida en los discursos actuales sobre la protección de la seguridad²⁴—. En efecto, para el autor de éste *Anónimo* el estado de legalidad constituye el bien supremo máximo cuya materialización genera la confianza necesaria para la producción de grandes beneficios para toda la colectividad. Por el contrario, en el estado de ilegalidad, la desconfianza y el riesgo permanente son condiciones suficientes para desencadenar un alto grado de inseguridad²⁵, lo que conlleva, por consiguiente, a que los hombres experimenten temor y miedo. Todo ello, lleva al mencionado sofista a la conclusión de que es necesario que se someta a la guerra, sumisión y esclavitud a todos aquellos individuos que no acaten la ley²⁶.

Posterior fue, a su turno, la opinión de Lucio Anneo SÉNECA (aprox. 4 ac. – 65 dc.). En efecto, este autor, que si bien no se pronunció directamente

²⁴ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 976. Véase también, ROBLES PLANAS, Ricardo, “Violencia y seguridad”, ob. cit., p. rl:2.

²⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Violencia y seguridad”, ob. cit., p. rl:2. Véase también, con mayor detalle, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 84.

²⁶ Cfr., con más detalle, GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 976.

sobre la cuestión, dejó clara su posición en cuanto a los fines de la pena, al atribuirle —además de la intimidación y corrección del delincuente— la función de proporcionar seguridad a los buenos ciudadanos, separando de éstos a los malos²⁷. Este dato, evidentemente, nos lleva a la conclusión de que, para el viejo pensador estoico, la idea de anular la peligrosidad del delincuente con el objetivo de proteger a los demás ciudadanos constituía el fundamento inseparable de la punición.

1.2. El precedente de la estructura discursiva de las emergencias en el medioevo

En este sentido, y dado que —como hemos visto— en la edad antigua, la idea de contener la peligrosidad del delincuente constituía uno de los principales pilares de la pena, durante la Edad Media se siguieron dictando una serie de medidas para la consecución de tal fin; de esta forma, la *condena a galeras* fue concebida como un medio bastante eficaz para tal efecto y las galeras como seguros establecimientos de custodia²⁸ para los galeotes —recordemos que esta pena solía ser impuesta cuando, en términos actuales, se preveía que la rehabilitación del condenado no tendría cabida, bien por la

²⁷ AMUNÁRRIZ, M^a Isabel / MUÑOZ, Luz M^a / DE LA CUESTA, José Luis / LORENZO, Ramiro / RESUSTA, Mauricio, “La peligrosidad y los jóvenes, Prostitución, toxicómanos y ebrios habituales”, en “Eguzkilorre”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Edición patrocinada por la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, San Sebastián, p. 21; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Editorial Hammurabi, 1^a ed., Buenos Aires, 2007, p. 152.

²⁸ AMUNÁRRIZ, M^a Isabel / MUÑOZ, Luz M^a / DE LA CUESTA, José Luis / LORENZO, Ramiro / RESUSTA, Mauricio, “La peligrosidad y los jóvenes, Prostitución, toxicómanos y ebrios habituales”, en “Eguzkilorre”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Edición patrocinada por la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, San Sebastián, p. 21.

comisión de delitos *denigrantes*, como por haber el acusado recaído (reincidido) en el delito—²⁹.

Por otra parte, mención especial merecen las ideas penales de Tomás DE AQUINO (1225-1274) principalmente debido a que su pensamiento marcó el inicio de la era en la que el tratamiento penal para los delincuentes peligrosos estaría basado en la *emergencia* que su presencia suponía para los bienes e intereses más importantes, así como para la supervivencia misma de la sociedad.

En efecto, fue el llamado DOCTOR ANGÉLICO quien analógicamente concibió por primera vez a los pecadores como una suerte de miembro pútrido del cuerpo humano ante el cual lo más recomendable es su amputación o extirpación, dado que, si se le dejase en su sitio, podría infectar y corromper al resto de órganos humanos —he ahí la emergencia—, tal y como *un poco de levadura corrompe a toda la masa*³⁰. En este sentido, para analizar las ideas de

²⁹ Puede que la pena de corte del cuero cabelludo —aplicada a los delincuentes reincidenes en algunas de la Europa medioeval— también haya revestido finalidades preventivas en la medida en que, por una parte, podría haberse perseguido la intimidación de los potenciales infractores (prevención general) mientras que, por otra, podría permitir la individualización de los sujetos peligrosos con el fin de permitir que los ciudadanos tomaran las precauciones necesarias para evitar convertirse en sujetos pasivos de la comisión de un delito determinado. Como señalan WINKLER y SCHWEIKHARDT, en la *Lex Cnuthi II*, código anglosajón que estuvo vigente hasta el año 1035 en Dinamarca, Inglaterra y Noruega, se prescribe que el ladrón reincidente ha de ser escalpado; cfr. WINKLER, Eike / SCHWEIKHARDT, Josef, *El conocimiento del hombre. Expedición por la antropología*, Editorial Planeta, Barcelona, 1985, p. 156.

³⁰ “*Et ideo si aliquis homo sit periculosus communitati et corruptivus ipsius propter aliquod peccatum, laudabiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur, modicum enim fermentum totam massam corrumpit [...]*”. Versión en español, DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, III, Parte II-II (a), Cuestión 64 artículo 2, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMXC, p. 531: “[...] y, por tanto, si un hombre es peligroso a la sociedad y la

Tomás DE AQUINO tenemos que empezar por recordar que, mientras que por una parte consideraba plenamente lícito matar a cualquier animal, pues argumentaba que no puede haber pecado alguno cuando alguien se vale o hace uso de una cosa que está destinada a tal fin —dado que las bestias son naturalmente esclavas y existen para el uso de los humanos—³¹; por otra, entendía que al pecar el hombre pierde su dignidad, decayendo y hundiéndose en el mundo de las bestias, de modo que, según su lógica, podría disponerse de él en cuanto sea útil a los demás miembros de la sociedad. Como es lógico, esta línea de argumentación llevó a dicho autor a la conclusión de que matar al pecador puede ser incluso más beneficioso que matar a cualquier otro animal,

corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida para la conservación del bien común; pues, como afirma 1 Cor 5,6, *un poco de levadura corrompe a toda la masa*”.

³¹ “*Respondeo dicendum quod nullus peccat ex hoc quod utitur re aliqua ad hoc ad quod est. [...] animalia bruta et plantae non habent vitam rationalem, per quam a seipsis agantur, sed semper aguntur quasi ab alio, naturali quodam impulsu. Et hoc est signum quod sunt naturaliter serva, et aliorum usibus accommodata*”. Versión en español, DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae, III, Parte II-II (a), Cuestión 64 artículo 1*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMXC, p. 530: “Respondo diciendo: Nadie peca por el hecho de valerse de una cosa para el fin al que está destinada. [...] es lícito matar las plantas para el uso de los animales, y los animales para el uso de los hombres, según el mandato divino consignado en Gén 1,29-30. [...] Los animales brutos y las plantas no tienen vida racional por la cual puedan obrar por sí mismos, sino que siempre actúan como movidos por otros, por cierto impulso natural. Y esto es señal de que son naturalmente esclavos y acomodados para los usos de otros”.

pues, en la medida en que causa más daño, el hombre malo es *peor* que una *bestia*³².

Tal y como habíamos señalado en las líneas precedentes, el tomismo fue la corriente de pensamiento que dio inicio a la era en la que el tratamiento penal para los delincuentes peligrosos se empieza a articular teniendo como base la previa aceptación de que la sociedad —y por lo tanto los bienes jurídicos e intereses legítimos de sus miembros— se encuentra sumida en una grave “emergencia” o “situación de peligro” debido a la presencia y actuación de los sujetos criminalmente peligrosos.

³² “[...] *Ad tertium dicendum quod homo peccando ab ordine rationis recedit, et ideo decedit a dignitate humana, prout scilicet homo est naturaliter liber et propter seipsum existens, et incidit quodammodo in servitutem bestiarum, ut scilicet de ipso ordinetur secundum quod est utile aliis; secundum illud Psalm., «homo, cum in honore esset, non intellexit, comparatus est iumentis insipientibus, et similis factus est illis» [...] Et ideo quamvis hominem in sua dignitate manentem occidere sit secundum se malum, tamen hominem peccatorem occidere potest esse bonum, sicut occidere bestiam, peior enim est malus homo bestia, et plus nocet [...]”.* Versión en español, DE AQUINO, TOMÁS, *Summa Theologiae*, III, Parte II-II (a), Cuestión 64 artículo 2, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMXC, p. 531: “El hombre, al pecar, se separa del orden de la razón, y por ello decae en su dignidad, es decir, en cuanto que el hombre es naturalmente libre y existente por sí mismo; y húndese, en cierto modo, en la esclavitud de las bestias, de modo que puede disponerse de él en cuanto es útil a los demás, según aquello del Sal 42,21: «El hombre, cuando se alzaba en su esplendor, no lo entendió; se ha hecho comparable a las bestias insensatas y es semejante a ellas» [...] Por consiguiente, aunque matar al hombre que conserva su dignidad sea en sí malo, sin embargo, matar al hombre pecador puede ser bueno, como matar una bestia, pues *peor es el hombre malo que una bestia y causa más daño*”. Véase también GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 977; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1986, p. 15; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 284 – 285.

En este sentido, la principal preocupación de las ideologías que sobrevinieron al tomismo se encontraba constituida, precisamente, por la tendencia e inclinación a buscar la forma y/o mecanismos que permitiesen neutralizar —a ser posible, en el acto— a los individuos que el Estado consideraba como “peligrosos”. Como es de suponerse, ello posibilitó, en primer término, que se concibiera a toda infracción como una *agresión actual* y, en segundo lugar, que se viera en el ejercicio del poder punitivo una suerte de *legítima defensa* que dio cabida y facilitó la legitimación y racionalización de la tortura como medida necesaria para la contención/inocuización de la mencionada agresión³³. Por otra parte, es importante situarnos mentalmente en aquella época para poder analizar y resaltar cómo, para los diferentes discursos penales de aquellos tiempos, el sujeto peligroso no era simplemente aquel que cometía homicidios habitualmente, o el que con frecuencia atentaba contra la libertad sexual de sus víctimas sino que, más bien, era todo aquel que fuese declarado como “cómplice de Satanás”.

En efecto, como señala ZAFFARONI, la primera emergencia fue teorizada y sintetizada por los *demonólogos* dominicos Heinrich KRÄMER (aprox. 1430 - 1505) y Jacob SPRENGER (1435 - 1495), en el famoso libro titulado *Malleus Maleficarum* / Martillo de las Brujas, publicado, por primera vez, en 1484. En sus páginas puede entreverse la idea de que, para los criminólogos dominicos, Satanás no podía hacer ningún mal sin contar con la ayuda y complicidad de algunos humanos, por lo que tenía que encargarse primero de conseguir a alguno que le ayudase en sus diversos cometidos. Usualmente, señalan los demonólogos, Satanás escogía como sus cómplices a aquellos seres que tenían menores dotes intelectuales y morales, es decir a

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 82; el mismo, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, cit., pp. 63 y ss.

todos aquellos que por razones biológicas —por ejemplo, por provenir de una costilla curva del hombre— eran naturalmente inferiores: las mujeres³⁴. Es importante resaltar que en un primer momento, el poder punitivo no ejerció sus atribuciones directamente en contra de las mujeres, pues se ejecutó en primer lugar para afianzar la debilitada centralidad de la autoridad papal cayendo, en principio, sobre otros sujetos peligrosos: los disidentes³⁵. Así, sólo cuando los discrepantes fueron —casi— exterminados, el poder punitivo pasó a hacerse cargo —también de forma genocida— de las *peligrosas* brujas³⁶.

De esta manera y con estos antecedentes, podemos encontrar fundamentalmente este mismo discurso —basado también en los *estados de emergencia*— en el pensamiento de Jean BODIN (1430 - 1505) y de Thomas HOBBS (1588 - 1679), ambos cofundadores del concepto de soberanía. Efectivamente, BODIN —que solía reclamar con frecuencia una mayor represión para la brujería— consideraba que los únicos medios para mantener la grandeza de las Repúblicas son los *premios* (destinados para los buenos) y los *castigos* (destinados para los malos). Asimismo sostenía el filósofo francés que no era necesario (ni posible) castigar a todos los criminales, dado que no se disponía de suficientes jueces para hacerlo, ni tampoco de suficientes verdugos para ejecutar las sanciones; por lo que arribaba a la conclusión de

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 85.

³⁵ En este sentido, conviene anotar que la aniquilación y el exterminio de los Cátaros —quienes proponían una doctrina asentada sobre la base de la existencia de una dualidad creadora (Dios/Satanás)— es prueba suficiente de esta afirmación.

³⁶ AMUNÁRRIZ, M^a Isabel / MUÑOZ, Luz M^a / DE LA CUESTA, José Luis / LORENZO, Ramiro / RESUSTA, Mauricio, “La peligrosidad y los jóvenes, Prostitución, toxicómanos y ebrios habituales”, en “Eguzkilorre”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Edición patrocinada por la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, San Sebastián, p. 21.

que de diez crímenes sólo uno concluirá con una condena, pues los otros nueve podrán escapar de la mano de los hombres debido a su “dinero” y/o “amigos”. Sólo los pícaros, que no tienen “dinero” ni “amigos” tendrán que ser condenados³⁷.

De esta manera, BODIN consideraba que es necesario y saludable para la República castigar a los brujos, pues de no ser así existe el peligro de que el pueblo tome la justicia por sus propias manos lapidando a los magistrados y a los brujos. Como sostiene ZAFFARONI, para BODIN la *salud del cuerpo de la República* era la razón por la cual debía determinarse la eliminación de los pícaros que carecían de *dinero* y de *amigos*; pues con estas muertes se tranquilizaba al pueblo —evitando la lapidación de magistrados y brujos— y se renormalizaba la situación³⁸. Al igual que BODIN, los planteamientos penales de HOBBS se caracterizaron por su ardua insistencia en la idea de que la reacción más idónea que el Estado puede articular ante los sujetos peligrosos —dado que suponen una amenaza permanente para la seguridad—

³⁷ SANZ MORÁN, Ángel José, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1085; JORGE BARREIRO, Agustín, “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del estado de derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Navarra, 2005, p. 566; GRACIA MARTÍN, Luis, “Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reincursión social en el Derecho español”, en *Direito Penal Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, REGIS PRADO, Luiz (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007, p. 42

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, pp. 87 y 88.

tenía que materializarse con una serie de actos que conlleven a su completa exclusión o eliminación³⁹.

II. EL DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO EN LOS DISCURSOS PENALES MODERNOS

2.1. Las medidas administrativas y policiales de la ilustración

Como sabemos, con la caída del *Ancien Régime* el poder punitivo paulatinamente dejó de caer sobre las brujas, herejes y disidentes, pues las *luces* irradiadas por la Europa de la época dejaron ver que, en realidad, estos no son los verdaderos entes portadores de peligrosidad⁴⁰.

En este sentido, parece ser que, cronológicamente, el primer ilustrado que, aunque de forma indirecta, tocó el tema materia de análisis fue Cesare BONESANA (1738 - 1794), pues recordemos que en su opinión, el único caso en que la pena de muerte es admisible se da cuando el ciudadano “tenga tales relaciones y tal poder, que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida”. De lo dicho hasta aquí, resulta claro que para BECCARIA el contenido de la peligrosidad del sujeto tendría que estar constituido necesariamente por el riesgo de que las acciones de dicho individuo estén

³⁹ Cfr. JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, pp. 29 y 30; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 977; ROBLES PLANAS, Ricardo, “Violencia y seguridad”, ob. cit., p. rl:2.

⁴⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1986, p. 15; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 284 – 285.

encaminadas a la producción de una revuelta que ponga en manifiesto peligro el sistema de gobierno establecido.

En esta época, en España, D. Manuel DE LARDIZÁBAL Y URIBE (1739-1820) propondría la aplicación de la pena de muerte únicamente para aquellos supuestos en que sea “útil” y “necesaria” para la consecución de lo que él consideraba como uno de sus fines más importantes, esto es, la “seguridad y tranquilidad de los ciudadanos”. De esta forma, LARDIZÁBAL concebía a la pena de muerte como una suerte de procedimiento (“remedio” en sus palabras) por el cual se extirpa el miembro dañino con el fin de conservar el cuerpo entero (es decir, “la sociedad enferma”)⁴¹⁻⁴².

⁴¹ DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, reedición realizada de un ejemplar de la Fundación Sancho el Sabio, Estudio preliminar de Manuel DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Ararteko, Vitoria – Gasteiz, 2001, p. 89 y 166. La *editio princeps* de esta obra fue publicada en 1782 por la imprenta de D. Joaquín de Ibarra “Impulsor de la Corona de S.M.” en el año 1782.

⁴² Este argumento que, como vimos, se remonta a Tomás DE AQUINO (*vid supra* Capítulo I, apartado 1.2), en España fue también empleado a mediados del Siglo XVI por Alfonso DE CASTRO (1495-1558). Véase, DE CASTRO, Alfonso, *De potestate legis poenales / La fuerza de la ley penal*, Libro Primero, Traducción del Profesor Laureano SÁNCHEZ GALLEGRO, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1931, pp. 207 - 209. En efecto, en palabras de DE CASTRO: “[...] del mismo modo hay que proceder en toda sociedad humana y terrestre, que se desenvuelve a semejanza del organismo humano. Por consiguiente, un legislador, que bajo ese aspecto hace las veces de un médico, no debe separar a ningún hombre, por nocivo que sea, del organismo social, o mandar que se le separe con muerte natural o civil, a no ser que el delito cometido sea de tal gravedad, que dejando vivir al delincuente, todo el cuerpo haya de sufrir un daño grave. Los demás delincuentes que con sus actos irroguen a la sociedad un mal leve o no tan grave, deben ser castigados debidamente; pero nunca con la pena de muerte”. Con mayor detenimiento DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, en su estudio preliminar al *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España para facilitar su reforma* de Manuel DE LARDIZÁBAL, op. cit., pp. CI y CII.

Por otra parte, curioso es ver como la idea de la exclusión de los sujetos peligrosos también se puede encontrar en el pensamiento de Immanuel KANT (1724 - 1804). En efecto, a pesar haber sido el mismo KANT quien sistematizó el principio de la autotelia —y dado que clasificaba a los *castigos* en *preventivos* y *restitutorios*⁴³—, el filósofo de Königsberg sostenía que cuando un vecino es incapaz de dar seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado legal), podríamos obligarle a entrar en un estado social-legal o, en todo caso, a apartarse⁴⁴. Pocos años más tarde Johann Gottlieb FICHTE (1762 - 1814), continuador del pensamiento kantiano, sostendría que al “condenado se le declara una cabeza de ganado” y que por ello podrían

⁴³ KANT, Immanuel, *Lecciones de Ética*, traducción de ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, Editorial Crítica, Barcelona, 2002, p. 95; JAKOBS, Günter / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pp. 30 y ss.

⁴⁴ GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 977; el mismo, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho Penal del enemigo”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 459 y 460. Conviene añadir que la construcción de KANT respecto de esta cuestión fue sintetizada en su escrito “Sobre la paz eterna” (“*Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*”, publicada en *Kant's Werke*, Akademie-Ausgabe, tomo 8, pp. 341 y ss.) donde, como indica JAKOBS, señala textualmente lo siguiente: “Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad”. Cfr. con mayor detalle JAKOBS, Günter / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pp. 30 y 31.

establecerse, sin reparo alguno, una serie de medidas completamente arbitrarias⁴⁵.

Como hemos visto, el paso de los años y la llegada de la modernidad permitió que las doctrinas basadas en los discursos teocráticos/biologistas — como el planteamiento de los demonólogos— fueran abandonadas, dando como resultado el retorno del idealismo platónico, lo que dio lugar, en más de una ocasión, que se intentara dejar al sujeto peligroso fuera del ámbito del Derecho penal para poder librarlo enteramente a una serie de medidas administrativas y/o policiales.

De esta forma, el mismo HEGEL (1770 - 1831) ideó una suerte de comparación analógica entre los sujetos peligrosos y aquellos animales que, por azar, se hubiesen fugado del zoológico. En efecto, HEGEL, al sostener que toda relación jurídica presupone la libertad de la voluntad, llegaba a la conclusión de que no hay cabida alguna en esta relación para todo aquel individuo que no sea *autoconsciente*. Teniendo esta idea como base, el filósofo alemán argumentaba que si un individuo no es autoconsciente, entonces, primero, no puede ser sometido a una pena dado que no actúa con relevancia jurídica y, segundo, no puede cometer un delito sino sólo representar un peligro —como un animal fugado del zoológico—⁴⁶.

⁴⁵ FICHTE, Johann Gottlieb, *Grundlage des Naturrechts*, parágrafo 20, V, p. 272, citado por GRACIA MARTÍN, Luis, "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 977; véase también JAKOBS, Günter / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., p. 27.

⁴⁶ Sobre esta cuestión ha profundizado el Prof. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, ob. cit., p. 88; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, *Sanción penal y política criminal*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, pp. 99 y ss.

2.2. El discurso penal del positivismo y su legado en relación con el delincuente imputable peligroso

Sin embargo, pocos años después los discursos penales darían un giro inesperado. En efecto, con la llegada del positivismo criminológico —que concebía el Derecho penal como una suerte de Derecho sancionador y a todas las penas como simples medidas de coerción directa frente a los sujetos peligrosos, y cuyos representantes más famosos, como es sabido, fueron Ezechia Marco (Cesare) LOMBROSO (1835 - 1909), Enrico FERRI (1856 - 1929) y Rafael GARÓFALO— la idea de la existencia de un grupo de seres humanos biológicamente inferiores a los demás, que tuvo sus orígenes en los discursos teocráticos/biologistas de la edad media, volvió a tomar impulso, sólo que esta vez con la diferencia de que se consideraba, partiendo de una metodología científico-empírica, que los individuos inferiores ya no eran las brujas sino más bien todos aquellos que padezcan ciertas “patologías” o aquellos que pertenezcan a una raza no suficientemente evolucionada (por ejemplo, un colonizado nacido, por casualidad, en Europa) o, por último, los que sean *degenerados* (producto involutivo de una raza inferior).

Nótese, por otra parte, que la peligrosidad de estos *degenerados* era considerada una característica natural —óptica— de todos y cada uno de ellos por lo que, en consecuencia, las penas desaparecieron y fueron sustituidas por medidas administrativas de coerción directa impuestas en virtud de la peligrosidad inmodificable de dichos individuos. En este sentido, como señala ROMEO CASABONA, obra de la Escuela Positiva es la elaboración del concepto y contenido de la *peligrosidad*⁴⁷ —recuérdese que, hasta entonces, esta noción

⁴⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1986, pp. 16; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 284 – 285.

era desconocida para la ciencia del Derecho Penal— que sirvió como fundamento y base para la idea de que, dada la inferioridad nata e incorregible de los degenerados, que eran reconocidos por estereotipos, solo cabía eliminarlos —con la sola excepción de los individuos no peligrosos, ante los cuales cabía la corrección—.

Así, para Rafael GAROFALO, los enemigos interiores del Estado —cuya característica natural era la *temibilidad*⁴⁸— deben ser eliminados mediante una ejecución capital del mismo modo en que se elimina a los enemigos exteriores mediante su matanza en un campo de batalla⁴⁹. Como sabemos, los miembros de esta vieja escuela pusieron especial énfasis en el hecho de que el grupo de *enemigos interiores del Estado* no estaba únicamente constituido por los delincuentes de criminalidad grave, sino que también estaba formado por todos los demás individuos molestos, esto es, por los demás miembros de las “clases peligrosas” —formadas, entre otros, por ladronzuelos, prostitutas, ebrios habituales, vagabundos, etc.—, por lo que empezaron a teorizarse y a articularse una serie de medidas detentivas/policiales de duración indeterminada e ilimitada⁵⁰.

⁴⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1986, pp. 16; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 284 - 285.

⁴⁹ GAROFALO, Rafael, *La Criminología*, Traducción de DORADO MONTERO, Pedro, pp. 7, 11, 14 y 15.

⁵⁰ Véase un estudio muy detallado en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Las ‘clases peligrosas’: el fracaso de un discurso policial prepositivista”, en *El penalista liberal, Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología, Libro Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Editorial Hammurabi - Jose Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2004, pp. 273-293. Véase también, ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1986, pp. 17; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 284 - 285; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el*

Tenemos que recordar, por otra parte, que en la variante del positivismo encabezada por Franz VON LISZT (1851 - 1919) se proponía la imposición de penas resocializadoras para los *iguales un tanto equivocados* y penas meramente intimidantes para los *ocasionales (muy iguales)*, pero en relación con los incorregibles, como en su tiempo era imposible matarlos masivamente⁵¹ o deportarlos, se optaba con cierta resignación por proponer la imposición de penas inocuizadoras: “*La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida*”⁵².

De esta forma LISZT declaraba la guerra a la delincuencia habitual⁵³ y a la mala vida, considerando como tales a “los casos de enfermedad social que

Derecho penal, EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 92; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., pp. 375.

⁵¹ En efecto, como señala MUÑOZ CONDE, *la pena de muerte para VON LISZT es innecesaria: “una vez que los incorregibles son inocuizados, la pena de muerte es supérflua”*. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 38; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., pp. 375.

⁵² VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el Derecho penal*, traducción de Enrique AIMONE GIBSON, Valparaíso, 1984, p. 120; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Las “clases peligrosas”: el fracaso de un discurso policial prepositivista*, cit. p. 279; URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 7 y ss.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, TORÍO LÓPEZ, Ángel / SANZ MORÁN, Ángel (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 70.

⁵³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 36 - 38.

se suelen designar sintéticamente con la denominación general de proletariado que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra, degenerados espirituales y corporales”. Todos ellos, según LISZT “forman parte del ejército de los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual”⁵⁴.

Sin embargo, no menos duro era el tratamiento que KARL BINDING (1841 - 1920) propusiera para el tratamiento penal del delincuente habitual. A pesar de que este penalista alemán no era partidario de la imposición de una pena de duración indeterminada, fiel a su concepción de carácter retributivo, rechazaba el hecho de que esta sea considerada como una medida de seguridad.

⁵⁴ VON LISZT, Franz, “Der Zweckgedanke im Strafrecht” (1882), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. I, 1905, pp. 126 y ss., citado por Ricardo ROBLES PLANAS, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, op. cit., p. 3.; el mismo, *La idea de fin en el Derecho penal*, traducción de Enrique AIMONE GIBSON, Valparaíso, 1984, p. 116. El profesor MUÑOZ CONDE (en su obra *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, op. cit. pp. 37 y 38) nos presenta la cita completa: “Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, así el cáncer de los cada vez con mayor rapidez crecientes delincuentes habituales penetra en nuestra vida social... Se trata de un miembro, pero del más importante y peligroso, en esa cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos a llamar con el nombre global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes del mundo galante en el más amplio sentido de la palabra, degenerados psíquicos y físicos. Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social, en el que los delincuentes habituales constituyen su estado mayor”; “La prisión perpetua o, en su caso, de duración indeterminada, en campos de trabajo, en «servidumbre penal», con estricta obligación de trabajar y con el máximo aprovechamiento posible de la fuerza de trabajo; sin excluir como pena disciplinaria la pena de azotes, y con la consiguiente pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos, para marcar el carácter deshonoroso de la pena. El aislamiento individual sólo operaría como sanción disciplinaria, en celda oscura y con estricto ayuno”.

Como sabemos, fue en este escenario —dado que la legitimación de la categoría del *delincuente habitual* y de la imposición de una pena desproporcionada con la magnitud del último delito cometido se dificultaba a medida que la doctrina volvía al idealismo por vía del neokantismo— en el que Carl STOOSS (1849 - 1934) idea el sistema por el que se introducen en el Derecho Penal las llamadas *medidas de seguridad*⁵⁵. Sin embargo, conviene anotar que el mismo STOOSS negó que tales medidas tuviesen carácter penal, en vista de que sostenía que éstas “no se fundan en una acción determinada, sino en el estado de la persona. No se trata de imponer una punición a nadie por su conducta culpable, sino de tratarle de modo adecuado a su estado. Esta modalidad decide sobre la forma y duración del tratamiento. No obstante la medida de seguridad tiene en común con la pena la finalidad de detener los crímenes”. Luego concluía rotundamente: “fundándose la medida en la característica peligrosa de una *cosa*, no tiene naturaleza penal; ella va *in rem*, no *in personam*”⁵⁶.

En esta línea de ideas, es evidente que fue, efectivamente, desde la época de los proyectos suizos de STOOSS de finales del siglo XIX y comienzos del siglo pasado en que se comienza a teorizar un Derecho penal para seres culpables y responsables por sus acciones y otro para seres meramente peligrosos, destinando a los primeros penas retributivas y a los segundos medidas administrativas que, en su origen, estuvieron con un pie en el sistema penal y con el otro en la coerción administrativa directa, pues no respondían a

⁵⁵ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., pp. 17 y 18; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 284 – 285; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 3ra Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 40.

⁵⁶ STOOSS, Carl, *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Wien. U. Leipzig, 1913, p. 192.

la gravedad del hecho, sino al llamado Derecho penal de autor conforme a su peligrosidad *positivista*⁵⁷.

Como es sabido, esta racionalización tuvo singular éxito en la codificación, y se plasmó en la legislación de dos maneras: la *vicarial* y la de *doble vía*. En ambas, al sujeto indudablemente peligroso se le impone la medida (usualmente de carácter indeterminado), pero en los casos en los que no puede probarse la posible duración de dicha calidad del sujeto, mediante el sistema vicarial se autoriza al juez para que reemplace la pena (limitada en duración) por la medida (usualmente ilimitada), mientras que en el sistema de la doble vía se impone la pena y, además, la medida de seguridad, es decir, ambas se suman⁵⁸.

⁵⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., pp. 375; MIDDENDORFF, Wolf, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, Traducción castellana por José María RODRÍGUEZ DEVESA, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1970, p. 159.

⁵⁸ Nótese, sin embargo, que a lo largo del Siglo XX incluso llegaron a sistematizarse algunas codificaciones que únicamente preveían dentro de su catálogo de consecuencias jurídicas del delito una serie de medidas de seguridad destinadas a las personas que incurriesen en alguna conducta sancionada por la ley. Un ejemplo de este sistema fue el representado por el Código Penal de la República Socialista Federativa Soviética Rusa; en efecto, el artículo 1 de dicho CP establecía que “La legislación penal de la R.S.F.S.R. tiene por misión la defensa del Estado socialista de los obreros y campesinos, y del orden jurídico establecido en él, contra las acciones socialmente peligrosas (delitos), mediante la aplicación a sus autores de las medidas de defensa social indicadas en el presente Código”. Las medidas de seguridad incorporadas a este documento fueron clasificadas en:

a) Medidas de defensa social de carácter jurídico-correccional —entre las que se encontraban la declaración de enemigo de los trabajadores, el extrañamiento, la privación de libertad, los trabajos correccionales, el destierro, etc.; cfr. artículo 20—;

b) Medidas de defensa social de carácter médico —la “curación obligatoria” y el “internado en sanatorios, con aislamiento”; cfr. artículo 24— y, finalmente, c) Medidas de defensa social de carácter médico-pedagógico —la entrega del menor a la potestad de sus

padres, padres adoptivos, etc.; y el internado en establecimientos sanatorios especiales; cfr. artículo 25—.

Cabe indicar que por imperio del artículo 9 dicho documento establecía que las medidas de defensa social eran de aplicación para el logro de los siguientes fines de evidente carácter preventivo:

- a) Prevención de nuevos delitos en los que han cometido una infracción;
- b) Influjo, en análogo sentido, sobre los demás miembros inestables de la sociedad, y
- c) Adaptación del autor de un delito a las condiciones de convivencia en el Estado de trabajadores. Cabe indicar, finalmente, que por imperio de dicho artículo se excluía la posibilidad de utilizar las medidas de defensa social con el fin de infligir un sufrimiento físico o de lesionar la dignidad humana, afirmándose que ellas no proponen la venganza ni el castigo. Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Derecho penal soviético*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1947, 187 y ss.; MIDDENDORFF, Wolf, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, op. cit., pp. 161 - 162.

Cabe recordar que el texto legislativo mencionado en el párrafo anterior tuvo notoria influencia en la parte penal del proyecto peruano de Código indígena elaborado por Atilio SIVIRICHI. En este sentido, conviene transcribir el texto del artículo 872 del mencionado proyecto:

“Art. 872º— A los indígenas que han cometido actos peligrosos o que significan un peligro por sus relaciones con el ambiente delictivo o por su conducta anterior, le serán aplicadas medidas de defensa social de índole correccional o de naturaleza médico-pedagógica. Dichas medidas serán aplicadas para el logro de los siguientes fines:

- 1º— La prevención de nuevos delitos en los que han cometido una infracción;
- 2º— El tratamiento de otros miembros anormales de la sociedad; y
- 3º— La adaptación de los indígenas peligrosos a las condiciones de vida social activa.

Las medidas de defensa no pueden tener por fin infringir un sufrimiento físico, ni lesionar la dignidad humana”. Cfr. al respecto, SIVIRICHI, Atilio, *Derecho indígena peruano. Proyecto de Código indígena*, Ediciones Kuntur, Lima, 1946, p. 367.

Este último criterio, fue adoptado en 1930 por el *código Rocco*⁵⁹. Según la corriente que inspiró la sistematización de esta ley en Italia, el ser humano nunca es totalmente libre, pues la libertad absoluta se alcanza sólo en Dios. De cualquier manera sería posible distinguir diferentes gradaciones: primero, están los que son algo más libres, a los que se les debe retribuir el mal uso de la libertad con una pena retributiva y despreciar la parte de determinismo que dicha libertad tenga, inversamente, hay otros (inimputables) a los que, por ser predominantemente peligrosos, conviene neutralizar mediante la aplicación de una medida de seguridad y despreciar la parte de libertad que pueda restarles; por último, están los que son más o menos libres, lo que es lo mismo, más o menos determinados: a ellos se les debe retribuir primero el mal uso de la libertad con una pena limitada y, luego, neutralizar (su peligrosidad) con una medida de seguridad.

Así las cosas, a mediados del siglo pasado Hans WELZEL (1904 - 1977) afirmaba con toda claridad que la pena cumple su cometido frente a los autores ocasionales o de conflicto de las capas de la población socialmente apta para la convivencia, pero resulta claramente insuficiente respecto de la peligrosidad del autor que sobrepasa la culpabilidad en ciertos delincuentes por su estado o condición.

Así, en palabras de WELZEL, “para estos últimos, la pena debe ser complementada con medidas de seguridad cuya base no se encuentra en la culpabilidad sino en la peligrosidad. Más adelante y con referencia a la llamada Custodia de Seguridad del párrafo 42e del viejo Código Penal alemán, afirmaba que “se impone al delincuente reincidente reiterado por una disposición íntima. Es la realización de una antigua exigencia de la política

⁵⁹ El nombre de este Código se inspiró en el que fue Ministro de Justicia de Italia en aquella época: Arturo ROCCO (1875 - 1935).

criminal, desde que LISZT en 1882 exigió en el programa de Marburgo la inocuización de delincuentes incorregibles (mediante una pena indeterminada) y Carl STOOSS a partir de 1893, en los proyectos suizos, señaló el camino del sistema dualista de la complementación de la pena mediante la medida de seguridad”.

Sin embargo, y ya llegando al punto histórico en el cual el discurso penal consiguió instaurar oficialmente —con la eclosión legislativa que precedió al planteamiento del positivismo italiano— el sistema que, aunque con fuertes matizaciones, se ha mantenido hasta nuestros días, procede anotar que no fue sino hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX cuando se empieza a hablar propiamente de un tratamiento penal dirigido específicamente a los delincuentes que son, además de imputables, peligrosos.

En efecto, pionera en esta cuestión ha sido la doctrina germánica, en la medida en que tiene sobre el tapete el tema de la discusión en torno a la justificación de la llamada custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) como medida idónea para el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos de criminalidad grave⁶⁰.

Es patente que la inclusión de las medidas de seguridad en el sistema penal —con todas las garantías que a este último le son propias— ha significado un gran adelanto⁶¹ para el tratamiento penal de la peligrosidad

⁶⁰ Véase, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, ob. cit., p. 75; también, URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Editorial Comares, Granada, 2009, p. 12.

⁶¹ Aunque recordemos que un sector minoritario, pero muy importante, discute esta afirmación. Cfr. entre otros, ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 54. Puede

criminal; sin embargo no debemos olvidar este sistema ha sido realmente polémico pues su histórica lucha entre la pertenencia al Derecho administrativo-policial y al Derecho penal, así como los excesos que antaño se racionalizaron dejan entrever la necesidad de que las nuevas teorizaciones tengan forzosamente que ser formuladas con base en ciertas coordenadas de principios y valores culturales que conlleven a la restricción y limitación de la coacción estatal y, en particular —como señala el profesor GRACIA MARTIN— a “la expresión más brutal y despiadada de esa coacción, que no es otra que la que representa el ejercicio del poder punitivo”⁶².

encontrarse un análisis más detallado sobre esta cuestión en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de Medidas de Seguridad y Derecho Administrativo Sancionador”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 587 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Las medidas de seguridad no privativas de libertad”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 421 y s.

⁶² GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ob. cit., p. 978; cfr. también, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., pp. 375.

CAPÍTULO II

LA PRESIÓN MEDIÁTICA, SOCIAL Y POLÍTICA Y EL RETORNO A LA INOCUIZACIÓN

I. PRESIÓN SOBRE EL DERECHO PENAL: LA INFLUENCIA DE LA ALARMA SOCIAL EN LA POLÍTICA CRIMINAL

Es innegable que la construcción eficaz del Derecho Penal y, más concretamente, que la estructuración y graduación de los diversos mecanismos (a saber, penas y medidas de seguridad) de los que el *ius puniendi* dispone para cumplir sus funciones, no pueden llevarse a cabo de forma irracional. Esta exigencia deriva, como es sabido, del hecho de que nuestra ciencia podría llegar a instrumentalizarse de modo tal que desborde todos los límites y conquistas que hoy han hecho que el Derecho Penal contemporáneo pueda ser considerado menos autoritario y genocida que nunca⁶³.

Así, para conseguir perfeccionar el sistema, innegablemente es necesaria —y bienvenida— la participación y aportes de todos los agentes

⁶³ GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Carlos GARCÍA VALDEZ / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁCER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), EDISOFER, Madrid, 2008, p. 978.

implicados en el desarrollo de esta ciencia —abogados, juristas, magistrados, estudiantes, políticos y, finalmente, la sociedad—; sin embargo, la experiencia ha demostrado que esta puede ser —y, de hecho, es— un arma de doble filo pues, como veremos en las páginas siguientes, en muchas ocasiones la racionalidad con la que debe cultivarse la ciencia de los delitos y de las penas se ha visto mermada a causa de la injerencia de actores que, aunque interesados en el tema, operan y —lo que es peor— influyen en el desarrollo de las políticas legislativas adoptadas sobre determinadas materias, a pesar de tener condicionada su actuación por una serie de factores que, *ex ante*, invalidarían su intervención⁶⁴.

En efecto, como a continuación veremos, muchos de los agentes implicados en la búsqueda de las respuestas penales más satisfactorias para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, al ser parte interesada en la discusión, poseen una perspectiva claramente parcializada del asunto.

⁶⁴ Sobre la presión mediática, social y política en la política criminal son fundamentales las obras de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, Civitas Ediciones, 2001. Un importante análisis de este fenómeno en SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ROMEO CASABONA, Carlos María / SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (Eds.), ARMAZA ARMAZA, Emilio José (Coord.), Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 53 – 76; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, “Del Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?”, en *La protección de la seguridad ciudadana*, MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio (Ed.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, San Sebastián, 1995, pp. 287 y ss; SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en la Argentina”, en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007/B, pp. 527 y ss.; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 85-113.

En esta línea de ideas, es importante resaltar que, el ámbito que nos ocupa —esto es, el del problema del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso— es una de las materias que, durante las últimas décadas, se ha visto seriamente afectada por la presión que ciertos colectivos han venido imprimiendo para que la respuesta a este problema no sea una de las más felices. Veamos, pues, como se ha desarrollado esta cuestión.

1.1. La estructura discursiva de las emergencias en el Siglo XXI

ZAFFARONI ha señalado que existen dos (obvias) formas en las que los actores implicados en el desarrollo del saber penal pueden llevar a cabo su cometido: de forma “*pensante*”, esto es, reflexiva y de forma “*no pensante*”, según su propia terminología. En este sentido, este hecho supondría que el Derecho Penal —como herramienta destinada, por una parte, a la protección de bienes jurídicos⁶⁵ y, por otra, a la contención del poder punitivo⁶⁶— podría abrirse camino y ser aplicado ya sea:

a) de forma racional y orientada hacia la objetividad; o, sino,

⁶⁵ Nuevamente, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción, Sexta edición*, Editorial Tecnos, 2004, p. 13; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., pp. 375.

⁶⁶ Del mismo modo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, cit. p. 32; el mismo, “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Domingo García Rada*, Luis REGIS PRADO, Róbinson GONZÁLEZ CAMPOS, José Luis GUZMÁN DALBORA, Asier URRUELA MORA, José F. PALOMINO MANCHEGO, Manuel QUINTANILLA CHACÓN (Comité Científico), Julio ARMAZA GALDOS (Dir.), Editorial Adrus, Arequipa, 2006, pp. 462 - 464 y, especialmente, 475 y 476; y, finalmente, el mismo en *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 25 y, especialmente, las pp. 61-67; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, “Del Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?”, ob. cit., p. 287.

b) de forma irracional, despiadada o vindicativa —debido, claro está, a las fuertes cargas emocionales que motivan su discurso así como también, su estructuración—⁶⁷.

Como acertadamente señala ZAFFARONI, una de las tres formas en las que el Derecho Penal puede *no pensar* se da cuando éste responde *groseramente* a las preguntas fundamentales⁶⁸. De esta manera, es necesario indicar que dicha forma de reaccionar tiene su origen en la previa aceptación de un discurso que legitima reacciones *groseras* bajo el pretexto de la existencia de un gravísimo peligro que amenace de forma alarmante la preservación de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad y, consecuentemente, de sus miembros. Cabe indicar que la doctrina contemporánea ha denominado a este fenómeno “estructura discursiva de las emergencias”⁶⁹.

En efecto, y continuamos con lo indicado por el penalista argentino, la estructura discursiva de las emergencias es la herramienta adecuada para

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 197 y ss.

⁶⁸ Las otras dos formas se darían cuando el Derecho penal **a)** elude preguntas fundamentales y **b)** cuando piensa con un discurso —antropológicamente fundado con seriedad— que inevitablemente es crítico. Véase, ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 197; SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en la Argentina”, *op. cit.*, pp. 527 y ss.

⁶⁹ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, “Violencia y Seguridad”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Num. 06-r1, 2004, consultada en <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 1; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 200; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, “Del Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?”, *ob. cit.*, p. 287

conseguir, eventualmente, un incremento —cuantitativo y cualitativo— de la respuesta penal. Conviene poner de manifiesto que las características más notorias de dicho discurso suelen ser siguientes:

a) Identifica un sujeto u objeto dañoso [peligroso] y que, consecuentemente, sea capaz de producir pavor a los miembros de la sociedad donde se encuentre,

b) Refuerza el miedo y los prejuicios sobre dicho sujeto u objeto que se cree portador de peligrosidad,

c) Magnifica el peligro que representa dicho sujeto hasta el punto de generar pánico social,

d) Imputa el peligro a grupos vulnerables —a quienes en otros tiempos consideraba inferiores e, incluso, subhumanos—,

e) Descalifica y estigmatiza los argumentos de quienes contradicen sus exageraciones o invenciones,

f) Neutraliza los argumentos de autoridad que provienen de su propia fuente,

g) Presenta al poder punitivo como el único medio capaz de conjurar el peligro,

h) Desautoriza a quienes niegan que el poder punitivo pueda resolver el problema,

i) Sus representantes se presentan como inmunes al peligro que pretenden conjurar, así como también a cualquier otra forma de corrupción,

j) Señalan como enemigos públicos a quienes denuncian su corrupción,

k) Frente a la amenaza de un gravísimo peligro, el discurso presenta como razonable o, al menos, discutible la opción de aplicar de forma ilimitada el poder punitivo, es decir, se establece una suerte de *excepción* para estos casos, y, finalmente,

l) Convierte esta excepción en regla y elimina los límites de todo el poder punitivo.

Convine anotar, por otra parte, que el discurso de las emergencias no podría llevarse a cabo con éxito sin el impulso que obtiene del trabajo de las *corporaciones* conformadas por ciudadanos que, en cierta medida, comienzan a verse a sí mismos no como posibles fuentes de peligro sino, más bien, como víctimas potenciales de éstas⁷⁰. Efectivamente, estos actores —a los que la doctrina ha denominado con el nombre de “gestores atípicos de la moral” (*atypische Moralunternehmer*)⁷¹— están conformados por todas aquellas asociaciones, “lobbies y ‘grupos de presión’... que... ejercen una influencia estratégica orientada a la imposición de sus intereses”⁷² dirigiendo, de esta

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, Civitas Ediciones, 2001, p. 66; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, “Del Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?”, *ob. cit.*, p. 287.

⁷¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit. pp. 66-69; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, Carlos María ROMEO CASABONA / Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO (Eds.), Emilio José ARMAZA ARMAZA (Coord.), Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 53 – 76.

⁷² Véase, VOGEL, en *Festschrift für Claus Roxin*, SCHÜNEMANN / ACHENBACH / BOTTKE / HAFFKE / RUDOLPHI (eds.), 2001, pp. 105, 114, citado por SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, *ob. cit.* p. 67; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, “Del

manera, la fuerte tendencia hacia una importante ampliación del Derecho Penal con miras al posible aseguramiento de los bienes jurídicos que creen que se encuentran, de una forma u otra, amenazados⁷³.

Tal y como hemos visto en el capítulo anterior, el recurso a la denominada estructura discursiva de las emergencias no constituye en modo alguno una costumbre adquirida recientemente. En efecto, a lo largo de la historia los gestores atípicos de la moral han elaborado sus discursos con base en varias y diversas emergencias: las brujas, el demonio, la herejía, la sífilis, el alcoholismo, el comunismo, el anarquismo, la subversión, las drogas, el terrorismo, los violadores en serie, la criminalidad organizada, la corrupción, la pornografía infantil, la pedofilia, la inseguridad ciudadana, etc.⁷⁴

En este sentido, debemos recordar que ninguna de estas emergencias fue finalmente resuelta por el Derecho Penal⁷⁵. En efecto, muchas de ellas se disiparon por sí solas —por ejemplo, se dejó de considerar peligrosos a los

Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?”, *ob. cit.*, p. 287; SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en la Argentina”, *op. cit.*, pp. 527 y ss.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *ob. cit.* p. 67.

⁷⁴ Muy ilustrativo, LEAL MEDINA, Julio, *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 338 y 339. Véase también, ROBLES PLANAS, Ricardo, “Violencia y Seguridad”, *ob. cit.*, p. 2; AMUNÁRRIZ, M^a Isabel / MUÑOZ, Luz M^a / DE LA CUESTA, José Luis / LORENZO, Ramiro / RESUSTA, Mauricio, “La peligrosidad y los jóvenes, Prostitución, toxicómanos y ebrios habituales”, en “Eguzkilore”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Edición patrocinada por la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, San Sebastián, p. 20-22; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, “Del Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?”, *ob. cit.*, p. 287.

⁷⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Violencia y Seguridad”, *ob. cit.*, 2 y 3.

herejes, brujas y demonios—, otras tantas se resolvieron a través del recurso a otros medios que no tenían nada que ver con el Derecho Penal e incluso ni con el Derecho en general —recordemos que el problema de la sífilis fue resuelto a raíz del descubrimiento de los antibióticos, por ejemplo—, mientras que algunas, efectivamente, siguen latentes —como el caso de los delincuentes peligrosos y habituales de criminalidad grave—.

En esta línea de ideas, no cabe duda que la *emergencia* históricamente más importante —y que, además, fue la primera en aparecer— fue la que se racionalizó para hacer frente al *diablo* “que perdía las almas llevándolas a disentir con la autoridad (herejías)”⁷⁶. Así, sabido es que fueron los dominicos quienes estuvieron a cargo de consumar la combustión de las brujas de la forma en la que se disponía en el, ya citado, manual inquisitorial *Malleus Maleficarum* escrito, como indicamos más arriba, por los disparatados inquisidores KRAEMER y SPRENGER.

En relación con este texto, un detalle que no podemos dejar de lado, es que la emergencia, esto es, el miedo que en tiempos de KRAEMER y SPRENGER se vivía debido a la *peligrosidad* de las brujas, era tan intenso que el *Martillo de las Brujas* —a la que se le atribuye ser la primera gran obra sistemática de Derecho Penal, dada su integración con la Criminología, el Derecho Procesal Penal y la Criminalística⁷⁷— fue editado más de treinta veces. Triste es reconocerlo pero, sin lugar a dudas, difícilmente un libro de Derecho Penal contemporáneo podría superar el éxito de este superventas.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 202.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 203.

Han pasado más de quinientos años desde que se publicara el libro que fundó el también llamado *discurso legitimante de emergencia*; sin embargo, parece que la persistencia del alegato no ha perdido vigencia alguna —a pesar, claro está, de haber sufrido algunas mutaciones, principalmente, en relación con alguna de sus características⁷⁸—, sino que más bien, en cierta medida, se ha revitalizado debido al incesante desarrollo tecnológico.

En efecto, debido a las facilidades y ventajas que han traído las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), esto es, la facilidad con la que, en tiempo real, viajan los datos por la totalidad del planeta —a través, claro está, del ciber-espacio—⁷⁹, las *corporaciones* que alimentan el discurso de las emergencias han ejercido la presión suficiente para conseguir orientar la política legislativa de muchas naciones culturalmente cercanas a España.

En este sentido, la doctrina suele señalar que en la actualidad existen, al menos, tres frentes desde los cuales los llamados *gestores atípicos de la moral* influyen en la estructuración de las respuestas penales pensadas para conjurar una emergencia determinada.

⁷⁸ En concreto con la “*d) Imputa el peligro a grupos vulnerables —a quienes en otros tiempos consideraba inferiores e, incluso, subhumanos—*”, pues las actitudes morales, políticas y legislativas, en relación con la desigualdad han sufrido varios cambios a lo largo del Siglo XX. Así, “las posiciones racistas compartidas por la mayoría de europeos al principios del Siglo XX son ahora totalmente inaceptables, al menos en la vida pública”, cfr. SINGER, Peter, *Ética práctica*, Traducción de Rafael HERRERA BONET, Segunda edición, Cambridge University Press, Madrid, 2003, p. 13.

⁷⁹ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Editorial Comares, Granada, 2006, pp. XI – XII; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., p. 33.

1.1.1. La presión mediática

Ha sido canalizada, al igual que las dos siguientes, a través de los medios de comunicación de alcance mundial —telediarios, prensa escrita, prensa *online*, información móvil, etc.⁸⁰— posibilitando, de esta manera, que

⁸⁰ A modo de ejemplo, copiamos los siguientes titulares encontrados en las páginas web de dos conocidos diarios: “Un adolescente viola a un niño nada más salir de la cárcel por haber hecho lo mismo”, *El Mundo*, 12/11/2009; “Un violador anda suelto por Van Dyck”, *El Mundo*, 17/11/2009; “El violador de Salamanca desafía a la Policía con una sexta agresión en la zona. Actúa encapuchado, amenaza con un cuchillo y ataca en los portales”, *El Mundo*, 19/11/2009; “15 niños agresores sexuales se rehabilitan en Es Pinaret”, *El Mundo*, 25/11/2009; “Un acusado de violar a 3 mujeres: se quitaron la ropa voluntariamente”, *El Mundo*, 10/12/2009; “Condenan a 15 años a un violador reincidente por dos nuevas agresiones”, *El Mundo*, 22/01/2010; “Cuatro años menos para dos violadores porque no hubo lesiones”, *El Mundo*, 31/01/2010; “Detenido un pedófilo que aseguraba en internet haber abusado de niñas”, *El Mundo*, 23/02/2010; “El Supremo rebaja cuatro años la condena a dos violadores porque sólo retuvieron a la víctima lo necesario”, *El País*, 31/01/2010; “El 'monstruo' no se arrepiente”, *El País*, 17/03/2009; “Absuelto el segundo violador del Eixample por falta de pruebas”, *El País*, 18/05/2009; “El violador del Eixample no irá a prisión hasta que la sentencia sea firme”, *El País*, 03/07/2009; “El 'violador del búho' es un psicópata sexual, Las pruebas periciales concluyen que era consciente de lo que hacía”, *El País*, 23/10/2009; “La Audiencia de Barcelona deja en una multa la pena del segundo violador del Eixample”, *El País*, 30/10/2009; “Detenido en Madrid el presunto violador de una menor”, *El País*, 13/04/2009; “Prisión para el violador del Eixample por el riesgo de que reincida”, *El País*, 15/05/2009; “El segundo violador de l'Eixample niega un nueva agresión sexual”, *El País*, 19/06/2009; “El segundo violador del Eixample abandona su casa por el rechazo de los vecinos”, *El País*, 06/08/2009; “Detenido en Valladolid el violador de la capucha”, *El País*, 18/09/2009; “Hallados los cadáveres de seis mujeres en la casa de un violador”, *El País*, 01/11/2009; “Detenido en Vigo un presunto violador”, *El País*, 09/03/2009; “Detenido en Barcelona el segundo violador del Eixample”, *El País*, 14/05/2009; “Cárcel para el 'violador del Eixample' por intentar violar a una menor”, *El País*, 10/10/2009; “Prisión provisional para el presunto violador de Valls”, *El País*, 22/01/2010; “Detenido el presunto violador de Valls”, *El País*, 21/01/2010.

ante la comisión de determinado delito —que, a pesar de su gravedad, podría ser aislado o formar parte de una clase de infracciones raramente cometidas— la sociedad se vea sumida en un estado de emergencia del cual necesita salir a toda costa, dada la gran importancia de los bienes jurídicos que potencialmente serían afectados o lesionados⁸¹.

Por otra parte, dado que estos gestores persiguen, claramente, una serie de beneficios económicos —a mayor venta, mayor ganancia— tienden a magnificar el peligro derivado de la emergencia con el objeto de hacer más interesantes y necesarios sus productos (diarios, suscripciones, etc.), generando, de esta manera, la cantidad de pánico social necesaria para hacer

⁸¹ Un análisis pormenorizado en SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ROMEO CASABONA, Carlos María / SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (Eds.), ARMAZA ARMAZA, Emilio José (Coord.), Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 53 – 76. También son importantes los aportes de: ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre de 2007, pp. 11-12; el mismo “Violencia y Seguridad”, cit., p. 1; también SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 33; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac, *Da reincidencia criminal*, Editorial Mandamentos, Belo Horizonte, 2005, pp. 94 y 95; RAINE, Adrian / SANMARTÍN, José, *Violencia y psicopatía*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2000, pp. 135 y ss.; BARATA, Francesc, “Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana”, *op. cit.*, pp. 83 y ss.; SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en la Argentina”, *op. cit.*, pp. 527 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *Diario La Ley*, Nº 7464, Sección Doctrina, 9 Septiembre de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, p. 2, Acceso electrónico [www.laley.es]; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, *op. cit.*, pp.93 y ss.

que un tema determinado, aunque se trate de un hecho aislado, sea debatido en las próximas sesiones de los parlamentos⁸².

1.1.2. La presión social

En este frente, los gestores de mayor relevancia son, sin lugar a duda, las asociaciones, grupos, colectivos, ONG's⁸³ que alarmados, ora por la presión mediática, ora por haber sufrido en carne propia la materialización de la lesión que se esperaba derivase de la emergencia, impulsan, apoyan y promueven una serie de mecanismos que permitan la ampliación y exasperación del *ius puniendi*⁸⁴ —a través, claro está, del endurecimiento de las penas⁸⁵, la instauración de la prisión perpetua⁸⁶ o, incluso, la legitimación

⁸² Cfr. el epígrafe 1.3. de este Capítulo. En él se hace constar los índices reales de criminalidad en España, demostrándose, de ésta manera, que la criminalidad en dos casos concretos (delitos contra la vida y contra la libertad e indemnidad sexuales) los últimos años no ha sufrido un incremento que pueda ser calificado de alarmante. Véase también, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, op. cit., pp. 34 y ss.; BARATA, Francesc, “Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana”, ob. cit., pp. 83 y ss.

⁸³ La “plebe” en palabras del Profesor DÍEZ RIPOLLÉS (véase *La racionalidad de las leyes penales*, ob. cit., pp. 36 – 41).

⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, ob. cit., pp. 23 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 66 y, especialmente, 67; BARATA, Francesc, “Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana”, ob. cit., pp. 83 y ss.; SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en la Argentina”, op. cit., pp. 527 y ss.

⁸⁵ Según el artículo 2 del Estatuto de la *Asociación Sheyla Por Ti*, “La existencia de esta asociación tiene como fines: Apoyar y defender el cambio de leyes concernientes a delitos de sangre, violaciones, atentados contra la vida de las personas, esto es al endurecimiento de las penas equiparándolas a las penas máximas establecidas en el

de la pena de muerte⁸⁷—. Es importante recordar que, como señala el Profesor SÁNCHEZ LÁZARO, estas corporaciones “tienden precisamente a un discurso interesado, a menudo de importante contenido emocional”⁸⁸.

código penal como son las relativas al terrorismo. Véase: <http://sheilaporti.com/>. Describen con detalle este fenómeno, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, ob. cit. pp. 23 y ss.; SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en la Argentina”, *op. cit.*, pp. 527 y ss.

Otro agente típico de la moral es la *Fundación Megan Nicole Kanka*, cuyos dirigentes han manifestado expresamente que creen que todos los padres tienen el derecho de saber si un delincuente sexual peligroso se muda o merodea por sus vecindarios, por lo que exigen la implementación de los registros y notificación a la comunidad de delincuentes sexuales (“*Every parent should have the right to know if a dangerous sexual predator moves into their neighborhood...*”). Cfr. <http://www.megannicolekankafoundation.org/>

⁸⁶ Durante el primer semestre del año 2008 los medios de comunicación relataban con frecuencia cómo le iba a *La caravana “pro cadena perpetua”* que la familia de Mari Luz CORTÉS —niña de Huelva asesinada por un pederasta— organizó junto con el apoyo del Ayuntamiento de Huelva con el fin de recolectar 4 millones de firmas para que el parlamento tomara en consideración la voz de los “españoles”. <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/06/02/espana/1212411526.html>

⁸⁷ El grupo español “colaboracionistas” al comentar la noticia de que en Estados Unidos se cumplió la sentencia que disponía la aplicación de la pena capital para un delincuente sexual en Florida decía: “Uno menos. En España deberíamos tomar ejemplo de las leyes norteamericanas en lo que refiere al trato que hay que dispensar a la escoria. No entiendo como una persona que esté en su sano juicio puede oponerse a la pena de muerte para los delitos de sangre y violación. Sólo un tarado es capaz que querer proteger a un asesino o a un violador”. Véase:

<http://www.minutodigital.com/actualidad2/2008/07/02/se-cumple-la-sentencia-de-muerte-para-un-violador-en-florida/>

Además una nota de los mismos autores relacionada con el tema:

<http://colaboracionistas.wordpress.com/2008/06/09/y-esto-%C2%BFde-quien-es-culpa/#more-120>

1.1.3. La presión política

Es indudable que este frente es el que realmente ostenta el poder de decisión al momento de llevarse a cabo las discusiones parlamentarias en relación con la modificación de las leyes penales. En este sentido, la consecución del voto de los ciudadanos es condición suficiente para que el discurso político comience a instrumentalizar las emergencias —previamente exageradas, como vimos, por los dos gestores atípicos de la moral anteriores— con el objetivo de conseguir una serie de beneficios para sus respectivos partidos políticos o, en todo caso, para los candidatos presentados por éstos⁸⁹.

⁸⁸ En este sentido, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., p. 54. Véase también, BARATA, Francesc, “Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana”, ob. cit., pp. 83 y ss.; SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en la Argentina”, op. cit., pp. 527 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, op. cit., pp. 19-21; el mismo, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, op. cit., p. 2.

⁸⁹ A modo de ejemplo, copiamos los siguientes titulares encontrados en las páginas web de dos conocidos diarios: “Aguirre se declara a favor de la cadena perpetua en casos como el de Mari Luz, Afirma que esta pena proporcionaría más seguridad a los ciudadanos”, *El Mundo*, 07/04/2008; “Cadena perpetua en España: ¿una reforma imperiosa o innecesaria?”, *El Mundo*, 21/02/2010; “Rajoy: 'No hay por qué tener miedo a un debate sobre la cadena perpetua'”, *El Mundo*, 26/01/2010; “Rotundo respaldo a la cadena perpetua revisable”, *El Mundo*, 08.02.2010; “Arenas propone un debate serio y con 'consenso' sobre la cadena perpetua”, *El Mundo*, 27/02/2009; “Un hijo del escolta asesinado solicita la instauración de la cadena perpetua”, *El Mundo*, 02/11/2000; “El PP llevará al Congreso la cadena perpetua y el endurecimiento de la Ley del Menor”, *El País*, 28/01/2010; “El Gobierno se acerca al pacto con PP y CiU para endurecer el Código Penal”, *El País*, 09/02/2010; “El PP maquilla su propuesta de cadena perpetua y plantea la ‘prisión

Es así, como siempre ha sucedido, que los errados —falsos, en el caso del discurso político— fines perseguidos por estas tres corporaciones acaban convirtiéndose en normas jurídicas desarrolladas con base en exageraciones, temores, emociones e intereses —también, económicos—, consagrando, desarrollado y ejecutando de esta manera un Derecho Penal, como diría ZAFFARONI, “no pensante” y, además, grosero.

1.2. La influencia de la presión (mediática, social y política) en la política criminal contemporánea: La legitimación de la inocuización del delincuente imputable peligroso

La doctrina ha denunciado el hecho de que el poder de la estructura discursiva de las emergencias del Siglo XXI haya coaccionado al legislador penal hasta el punto de forzarle —en muchos de los casos, pese a la (casi) total oposición de la doctrina penal contemporánea— a establecer una serie de consecuencias jurídicas del delito⁹⁰ para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso de marcado carácter inocuizador⁹¹. En esta línea de ideas,

permanente revisable’’, El País, 02/02/2010; “Rajoy vuelve a mostrarse a favor de la cadena perpetua’’, El País, 27/02/2010.

⁹⁰ Principalmente —aunque no exclusivamente— medidas de seguridad. En ese sentido, véase el trabajo del Prof. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., pp. 142 - 146.

⁹¹ Conviene resaltar que en el presente trabajo de investigación nos detendremos a analizar, única y exclusivamente, las respuestas penales articuladas para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. Esta aclaración estriba en el hecho de que, como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, la estructura discursiva de las emergencias también ha dado pie a la estructuración de otra tanda de respuestas penales destinadas a conjurar otro tipo de peligros/emergencias. A modo de ejemplo, vale la pena recordar que con el objeto de satisfacer las necesidades de protección de la sociedad, los legisladores penales han permitido, en España, el progresivo endurecimiento del

si bien la doctrina viene discutiendo concienzudamente una serie de cuestiones derivadas de la dudosa y discutible viabilidad político-criminal, penal y constitucional de dichas reformas⁹² —cuestión de la que nos ocuparemos minuciosamente en el Capítulo VI—, sí que conviene por el momento realizar, brevemente, algunas precisiones respecto de las razones (manifestadas, por lo general, en las Exposiciones de Motivos o Preámbulos que preceden a los Códigos Penales o a sus respectivos textos de reformas) que tuvieron los legisladores de los países que se han manifestado sobre el problema del delincuente imputable peligroso para estructurar algunas de las medidas de seguridad más polémicas.

1.2.1. La exacerbación de la custodia de seguridad

tratamiento penal del menor —mediante la reforma de la ley penal del menor en virtud de la *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*— y, en Italia, la extensión de la legítima defensa mediante la introducción de la presunción de proporcionalidad de la reacción defensiva —mediante la *Legge 13 febbraio 2006 n. 59. Modifica all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio*—. Véase un estudio pormenorizado en SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., pp. 56 y ss. y 63 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *op. cit.*, p. 21.

⁹² Cfr. por todos, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., p. 53 – 76; BARATA, Francesc, “Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana”, *ob. cit.*, pp. 83 y ss.; SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en la Argentina”, *op. cit.*, pp. 527 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *op. cit.*, p. 2; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, *op. cit.*, pp.93 y ss.

Como sabemos, el tratamiento penal de la peligrosidad criminal en Alemania se ha llevado a cabo, desde 1933, a través de la aplicación de la medida de seguridad conocida con el nombre de “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*)⁹³. En este sentido, la doctrina coincide en señalar que a finales de la década de los noventa esta medida —que en su periodo inicial fue gratamente aceptada por el nacionalsocialismo⁹⁴— cayó prácticamente en desuso⁹⁵. De esta forma, es en esta época en la que comienzan a modificarse los presupuestos de su aplicación debido al fuerte tratamiento mediático de una serie de casos de ataques contra la vida, libertad e indemnidad sexual de menores de edad⁹⁶.

⁹³ Contemplada actualmente en el § 66 del Código Penal alemán (en adelante StGB). Un profundo análisis en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 102 y ss.; KREUZER, Arthur, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Núm. 4, 2006, pp. 145 y ss. Acceso electrónico [www.zis-online.com].

⁹⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 42.

⁹⁵ Después de que durante sus primeros diez años de vigencia fuese aplicada sistemáticamente sobre varios millares de personas. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, ob. cit., pp. 42 y 43.

⁹⁶ Así, KREUZER, Arthur, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, *op. cit.*, pp. 145 y ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., pp. 59 y ss.; también, JAKOBS, Günter / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pp. 38 y 39; BARATA, Francesc, “Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana”, *ob. cit.*, pp. 83 y ss; BUENO ARÚS, Francisco, “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-

Recordemos, pues, que la custodia de seguridad, al menos en su formulación original —esto es, la de 1933—, preveía la posibilidad de prolongar la privación de libertad por un periodo máximo de 10 años tras el cumplimiento de la pena de prisión en todos los supuestos en los que se aprecie, y justifique, la existencia de peligrosidad criminal en el sujeto condenado. En la versión primigenia de esta medida, dicha prolongación tenía que ser decretada en la misma Sentencia condenatoria y podía imponerse tanto de forma obligatoria —en los supuestos de delincuencia grave reincidente— como facultativamente —en aquellos supuestos en los que se aprecie peligrosidad criminal en el sujeto condenado a pesar de que éste no sea reincidente—.

Sin embargo, como indicábamos más arriba, las posteriores reformulaciones a las que se sometió a esta medida, permitieron que se ampliase su ámbito de aplicación mediante la adopción de una serie de disposiciones que, al menos en nuestro entorno, han suscitado un polémico debate⁹⁷.

criminal de la reforma española de 1999”, en *Delitos contra la libertad sexual*, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 267 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, en *Delitos contra la libertad sexual*, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 326-361; SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en la Argentina”, *op. cit.*, pp. 527 y ss.; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, *op. cit.*, pp.93 y ss.

⁹⁷ Sobre este tema volveremos con profundidad en el Capítulo VI de la presente investigación. Basta mencionar, por lo pronto, que mientras que, por un lado, el Tribunal Constitucional alemán ha manifestado su conformidad con los presupuestos actuales de aplicación de la Custodia de Seguridad (Cfr. BVerfGE NJW, 2004, pp. 739-740; BVerfGE NJW, 2006, pp. 3484 y s.), por otro, la doctrina se ha mostrado escéptica —y, en muchos

En efecto, con la reforma de 1998⁹⁸ se eliminó el límite de imposición —máximo— de 10 años, abriéndose la posibilidad de aplicar la custodia de

casos, contraria—a la viabilidad de la medida. Cfr. entre otros, SANZ MORÁN, Ángel José, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Francisco BUENO ARÚS / Helmut KURY / Luis RODRÍGUEZ RAMOS / Eugenio Raúl ZAFFARONI (Dir.), Dykinson, 2006, pp. 1094 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 102-105; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dir.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 75 y ss.; URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 211 y ss.; BUENO ARÚS, Francisco, “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, *ob. cit.*, pp. 267 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, *ob. cit.*, pp. 326-361.

Conviene poner de manifiesto que, como veremos en su momento [Capítulo VI, Epígrafe 3.1] recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado respecto de la viabilidad de dicha medida, considerando de que el establecimiento de una medida de seguridad cuya duración supere los dos años es contraria a las garantías derivadas del principio de proporcionalidad y del respeto de los derechos humanos fundamentales Cfr. *European Court of Human Rights / Information Note no. 125 – December 2009*, Article 5 § 1, Deprivation of liberty Lawful arrest or detention. Applicant’s continued placement in preventive detention beyond the maximum period authorised at the time of his placement: *violation. M. v. Germany - 19359/04*Judgment 17.12.2009 [Section V]

⁹⁸ “Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten”. Cfr. KREUZER, Arthur, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

forma perpetua; por su parte, la modificación del 2002⁹⁹ trajo como novedad la posibilidad de que el juzgador pueda reservarse, en la sentencia, la imposición de la medida (*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*), siempre y cuando aprecie que el pronóstico de peligrosidad es incierto al momento de producirse la condena; finalmente, mediante la reforma del 2004¹⁰⁰ se otorgó a los Tribunales —con el objeto de cubrir los casos de delincuentes sexuales peligrosos condenados con anterioridad a la modificación del 1998— la facultad de imponer la custodia de seguridad después de dictada la sentencia aun cuando en ésta no se haya reservado el derecho de dictar la medida (*nächträgliche Sicherungsverwahrung*).

1.2.2. De los registros de delincuentes sexuales a las medidas humillantes

Quizá una de las manifestaciones más groseras del Derecho penal contemporáneo es la consistente en la comunicación a la comunidad de los datos personales (rasgos físicos, edad, etc.) y los relativos al domicilio y/o centro de trabajo de los delincuentes sexuales peligrosos que se encuentren libres, bien porque gozan del beneficio de la libertad condicional, o bien porque han cumplido ya la totalidad de la pena privativa de libertad impuesta.

Como el Profesor ROBLES PLANAS indica, en los Estados Unidos, las antiguas *Registrations Laws* solo obligaban al condenado a registrarse ante

⁹⁹ "Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung". Cfr. KREUZER, Arthur, "Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?", *op. cit.*, pp. 145 y ss.

¹⁰⁰ "Gesetz zur Einführung der nächträglichen Sicherungsverwahrung". Cfr. KREUZER, Arthur, "Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?", *op. cit.*, pp. 145 y ss.

ciertas autoridades administrativas que tenían la función de controlar, oportunamente, a dicho sujeto¹⁰¹; sin embargo, después de la fatídica y triste muerte en 1994 de la niña Megan Nicole KANKA (1987-1994) —quien fue secuestrada, violada y asesinada a los 7 años de edad por un delincuente reincidente— la ciudadanía manifestó su especial interés por la articulación de una ley que permitiese a los miembros de la sociedad —especialmente a los padres— conocer si un delincuente sexual peligroso vive o transita habitualmente por sus vecindarios o municipios. De este modo nacieron las llamadas *Megan's Laws*¹⁰² —cuyo nombre técnico-jurídico es *Community Notification-Laws*— que preveían que (además de la obligación de registrarse ante las autoridades competentes) los datos personales¹⁰³ de las personas

¹⁰¹ Véase, ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre de 2007, p. 12; también, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., p. 146; BUENO ARÚS, Francisco, “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, ob. cit., pp. 267 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, ob. cit., pp. 326-361.

¹⁰² Existe legislación al respecto en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, que se adhirió a la Ley Megan por ser esta actualmente la ley federal estadounidense. Con mayor detenimiento, MARTÍNEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales, Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni Ediciones, Córdoba – Argentina, 2007, pp. 45 y ss; BUENO ARÚS, Francisco, “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, ob. cit., pp. 267 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, ob. cit., pp. 326-361.

¹⁰³ Usualmente: nombre, foto, dirección del domicilio y del centro de trabajo, periodo durante el que estuvo confinado en un centro penitenciario y, finalmente, tipo de

condenadas por este tipo de delitos se pusieran a disposición¹⁰⁴ de la comunidad con el fin de que los padres o tutores de los menores pudiesen adoptar las medidas de protección que considerasen oportunas¹⁰⁵.

1.2.3. El control telemático

Es importante mencionar que, a pesar de que esta medida ya estaba siendo utilizada en la práctica judicial¹⁰⁶, los legisladores estadounidenses

crimen cometido. Cfr. MARTÍNEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales, Registro especial y notificación a la comunidad*, ob. cit., pp. 59 y ss.

¹⁰⁴ A través de diversos medios de comunicación, tales como páginas web, prensa escrita, panfletos, etc. Cfr. MARTÍNEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales, Registro especial y notificación a la comunidad*, ob. cit., pp. 59 y ss.

¹⁰⁵ Cosa distinta ocurrió en Gran Bretaña, donde “si bien el gobierno rechazó promover la llamada «Sarah’s Law», que permitía el conocimiento público de las listas de pederastas que posee la policía, el periódico *News of the World* procedió a publicar tal relación”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., p. 147.

Por último, debemos destacar que existe un proyecto de ley en Canadá, denominado *Christopher’s Law*, que de ser aprobado incorporará el sistema al Derecho Penal canadiense.

¹⁰⁶ Como en su momento veremos, la primera sentencia que prescribe el control telemático del condenado fue dictada por el Juez Jack LOVE en 1983, aunque conviene anotar que unos años antes hubo un intento fallido por instaurar el sistema —el equipo dirigido por Ralph SCHWITZGEBEL, de la Universidad de Harvard, desarrolló el *Behavior Transmitter-Reinforcer* (BT-R) pero, a pesar de que la doctrina continuaba insistiendo en que su implementación era aconsejable, el mecanismo no fue adoptado debido al insuficiente desarrollo del dispositivo (gran tamaño y poca eficacia) y al elevado coste que su implementación suponía—. Cfr. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo / MACEDO, Celina Maria, “O Brasil e o monitoramento eletrônico”, en *Monitoramento eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 2008, p. 14; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón,

fueron pioneros en regular esta materia pues, desde el año 2005, varios Estados¹⁰⁷ han dictado leyes que contemplan la posibilidad de vigilar telemáticamente a los delincuentes sexuales peligrosos. Es importante destacar que el origen de esta tendencia se encuentra en el escándalo mediático suscitado por la violación y posterior asesinato —en el año 2005— de la niña, de nueve años de edad, Jessica Marie LUNSFORD (1995 - 2005). En efecto, al igual que las dos medidas de seguridad anteriormente comentadas, este hecho desencadenó una fuerte preocupación de la sociedad norteamericana que conllevó al endurecimiento del tratamiento penal para los violadores en serie —especialmente de los pederastas— propiciando, el mismo año, la aprobación de la denominada *Jessica's Law* en Florida¹⁰⁸.

En este sentido, la *Ley Jessica* prevé la posibilidad de imponer a los condenados por la comisión de un delito contra la libertad sexual una pena de prisión de hasta 25 años y, además, el control telemático por tiempo ilimitado (“de por vida” / *lifetime*).

“Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el Art. 36 del Código Penal”, en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 93 – 98; PERIS RIERA, Jaime M., “Algunas cuestiones conflictivas de la parte general surgidas tras la reforma de la LO15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal”, en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 364.

¹⁰⁷ Florida, California, Massachusetts, Minnesota, Misisipi, Ohio, Tennessee.

¹⁰⁸ El mismo año (2005) se presentó ante el Congreso de los Estados Unidos un Proyecto de Ley inspirado en la *Jessica's Law* (y conocido oficialmente con el nombre del *Jessica Lunsford Act* —véase: *Section 1. Short Title: This Act may be cited as the 'Jessica Lunsford Act'*—). Sin embargo dicho proyecto, nunca fue aprobado. Puede verse el texto completo de dicha norma en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.1505>:

1.3. Las paradojas de los índices reales de criminalidad: El caso español

Acabamos de enunciar, a modo de ejemplo, tres de los supuestos en los que la influencia de la presión (mediática, social y política)¹⁰⁹ ha conseguido sobreponerse al discurso de Derecho penal que ZAFFARONI ha denominado *pensante*. En relación con este asunto, conviene poner de manifiesto que con esta afirmación, en principio, no pretendemos cuestionar la racionalidad de las respuestas articuladas en Derecho comparado para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso —pues esta cuestión será objeto de análisis posteriormente¹¹⁰— sino únicamente criticar el trasfondo —y, principalmente, las motivaciones— de la tendencia, adoptada por los legisladores, de incrementar el rigor de la respuesta penal en casos como los de la delincuencia sexual cometida por personas que son, al mismo tiempo, imputables y criminalmente peligrosas¹¹¹.

En este sentido, todo indica que, en relación con el tipo de delincuencia que ocupa nuestra atención, la llamada estructura discursiva de las emergencias ha conseguido convencer tanto a la sociedad, como a la clase

¹⁰⁹ BARATA, Francesc, “Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana”, *ob. cit.*, pp. 83 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, *ob. cit.*, pp. 23 y ss.

¹¹⁰ Véase *infra*, Capítulo VI.

¹¹¹ BUENO ARÚS, Francisco, “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, *ob. cit.*, pp. 267 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, *ob. cit.*, pp. 326-361.

política misma, de que el peligro derivado de la actuación de los delincuentes habituales violentos es, por no decir menos, aterrador¹¹²⁻¹¹³.

Sin embargo, el recurso al estudio de los índices estadísticos emitidos por fuentes oficiales fiables¹¹⁴ puede, sin mayores problemas, desmentir muchas de las afirmaciones que manan de la mencionada estructura discursiva y que, como hemos visto, han servido de fundamento para justificar el incremento del rigor penal.

En efecto, y dado que nos ocuparemos a lo largo de la investigación del caso español, las estadísticas revelan que en el país materia de análisis existe un bajo índice de criminalidad violenta grave cometida por delincuentes peligrosos. Los datos¹¹⁵, como vemos en los cuadros siguientes, revelan que,

¹¹² Recordemos, pues, que una de las características de la estructura discursiva de las emergencias en Derecho Penal está constituida por la magnificación o, si se quiere, exageración del peligro encarnado en una o varias personas. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, ob. cit. pp. 23 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal , Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 200.

¹¹³ Según la *Plataforma otro Derecho penal es posible* “España es uno de los países de la UE en los que es más alta la desviación entre los delitos cometidos, la percepción subjetiva de inseguridad y la utilización de la prisión”. Cfr. <http://www.otroderechopenal.aldeasocial.org/>

¹¹⁴ Para el presente estudio hemos recurrido al análisis de las estadísticas ofrecidas por el Instituto Nacional de Estadística. Los datos actualizados pueden encontrarse en su página web: www.ine.es

¹¹⁵ Conviene resaltar que, además de los datos obtenidos de las estadísticas presentadas por el Instituto Nacional de Estadística, hemos podido encontrar un interesante balance presentado por el Profesor Ricardo ROBLES PLANAS en su artículo “*Sexual Predators*’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, op. cit., p. 3. Con base en los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, el Prof. ROBLES PLANAS indica que “*los delitos contra la libertad sexual representan alrededor del 1 por ciento de*

en lo que respecta a la criminalidad sexual grave, a lo largo de 10 años sólo se ha condenado a 164 personas reincidentes, por lo que se registra un promedio que asciende a la cifra de 16,4 reincidentes anuales.

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Promedio por año
Reincidentes sexuales peligrosos	4	10	16	18	17	19	21	21	17	21	17	21	16,83
202 casos de reincidencia sexual de peligrosidad grave en 12 años													

No obstante, en el ámbito de los delitos contra la vida, se puede observar un índice incluso más bajo: 87 homicidas reincidentes de peligrosidad grave en diez años, por lo que el promedio anual ascendería a la suma de 8,7 personas.

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Promedio por año
Reincidentes peligrosos en delitos contra la vida	6	6	5	8	11	12	9	8	10	12	10	10	8,91
107 casos de reincidencia homicida de peligrosidad grave en 12 años													

los delitos que se cometen en España (al igual que en el resto de los países europeos) y la tasa de reincidencia se mueve en una franja moderada, esto es, entre el 10 y 15 por ciento. En los últimos años, el número de condenados a una pena de más de cuatro años de prisión por un delito contra la libertad e indemnidad sexual no ha superado los 204 al año. De entre ellos, el número de condenados a una pena de entre 4 y 6 años de prisión se mueve entre los 106 del año 2000 y los 162 del año 2004. En esos mismos años se alcanzó la cota mínima y máxima del número de condenados a más de 10 años de prisión por delitos de esta naturaleza: 26 y 44, respectivamente”.

Finalmente, conviene apuntar que esta realidad no únicamente ha sido reconocida por los agentes gubernamentales oficiales encargados de desarrollar las operaciones estadísticas de interés para la comunidad y del Estado; sino que también ha encontrado cobijo dentro de producción literaria del propio legislador español, paradójicamente en la Exposición de Motivos de una reciente Ley que endurece las consecuencias jurídicas en el Derecho Penal de menores: “afortunadamente no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social”¹¹⁶.

Todo ello parece suficiente para que lleguemos a la conclusión de que, efectivamente, resultan poco convincentes las razones esgrimidas por el parlamentario español —esto es, “el impacto social”— para justificar la expansión *ad absurdum* de, como diría SILVA SÁNCHEZ, la otrora *ultima ratio*¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Como señala el Prof. SÁNCHEZ LÁZARO (“Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., nota 5), el legislador alemán se ha manifestado en un sentido próximo al tratar el proyecto de reforma BT-Dr 13/7559, p. 1: “*Furchtbare Verbrechen der jüngsten Vergangenheit, die von einschlägig vorbestraften Personen begangen worden sind, haben das Sicherheitsempfinden der Allgemeinheit und das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Schutzfunktion des Staates außerordentlich erschüttert*”.

Véase también, MONTERO HERNANZ, Tomás, “La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm 13, Iustel, Madrid, 2010, pp. 1-22 (versión electrónica [www.iustel.com]).

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., p. 65.

En sendos documentos anexos al presente trabajo de investigación pueden encontrarse los pormenores de las estadísticas anuales en relación con las cantidades de personas (sean o no criminalmente peligrosas) condenadas por delitos contra la libertad sexual así como por delitos contra la vida.

II. SOBRE LA FUNCIÓN (Y DISFUNCIÓN) DEL DERECHO PENAL

Ciertamente, el panorama legislativo y político-criminal mostrado hasta el momento contrasta abiertamente con la esencia misma del Derecho Penal. En este sentido, de lo dicho hasta aquí no cabe duda que: **a)** los “gestores atípicos de la moral” han conseguido promover el desarrollo de determinadas políticas legislativas en relación con el tratamiento del delincuente imputable peligroso, con base en emergencias fantásticas y siempre motivados por una serie de necesidades e intereses (cargas emocionales, populismo, intereses económicos) que deberían quedar, definitivamente, fuera de la discusión¹¹⁸; y **b)** que, a consecuencia de ello, la

¹¹⁸ En este sentido, ZAFFARONI destaca la imperiosa necesidad de que el saber penal cuente con otras corporaciones que se encarguen de desvelar la irracionalidad que se esconde detrás de la estructura discursiva de las emergencias, así como también de sus gestores, y de tratar de poner límites al poder punitivo anteriormente magnificado. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., pp. 201 y 202. También en esta misma línea de ideas, SÁNCHEZ LÁZARO se muestra de acuerdo con “...el programa de acción realizado, hace ya bastantes años, por un significativo grupo de profesores alemanes y suizos en relación con el Proyecto alternativo de Código penal alemán, con distribución de pronunciamientos en los distintos medios de comunicación, entre otras funciones...”, así como con “el denominado Grupo de Estudios de Política Criminal [que] viene realizando una interesante labor orientada, según su punto

política criminal ha engendrado una serie de respuestas penales groseras — como lo es, por ejemplo, la notificación a la comunidad— que, para colmo, llevan por título los nombres de las víctimas de algunos delitos de fuerte impacto mediático —*Megan's Law / Jessica's Law / Sarah's Law*—, mostrando con ello que lo se esconde detrás de su gestación no es sino un discurso, además de vindicativo, carente de todo contenido racional. Sin lugar a dudas, estos hechos por sí solos nos ofrecen el respaldo suficiente para poder afirmar que el Derecho Penal y la Política Criminal contemporáneos se encuentran atravesando una etapa en la que pueden ser concebidos, *de facto*, como un par de herramientas disfuncionales, en la medida de que se ambas se ufanan de cumplir una función que, en realidad, no cumplen.

En efecto, si partimos de la idea de que a la *ciencia de los delitos y de las penas* le incumbe las tareas, por un lado, “de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y de la comunidad”¹¹⁹ y, por otro, de la evaluación de los grados de irracionalidad del poder punitivo con el objetivo de reducirlo y contenerlo a través de la proyección de un “dique inteligente

programático cuarto, a «informar y sensibilizar a la opinión pública sobre la conflictividad social que subyace en el fenómeno criminal así como sobre las limitaciones del Derecho penal como medio de resolución de los conflictos sociales». Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., pp. 75 y ss.; véase también, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *op. cit.*, p. 2. Sin embargo, conviene añadir a estas dos corporaciones que promueven el saber penal pensante la recientemente creada “Plataforma otro Derecho penal es posible” que apunta en sus fundamentos que “Nos encontramos en un momento de expansión del sistema penal, ausente de asesoramiento científico especializado y basado, principalmente, en demandas orquestadas ante graves delitos, numéricamente escasos, que han encontrado un importante eco mediático”. Cfr. <http://www.otroderechopenal.aldeasocial.org/>

¹¹⁹ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, cit. p. 13.

que impida el paso del poder punitivo más irracional y permita [para evitar el colapso] circular el de menor irracionalidad”¹²⁰, entonces queda claro que cuando se instaura un sistema penal ideado “por” y “para” las emergencias — que como se ha visto, tiende a la expansión del poder punitivo— el Derecho Penal cae en una suerte de juego disfuncional que permite la desviación y desnaturalización de las tareas que, naturalmente, le incumben.

En este sentido, conviene poner de manifiesto que no han sido pocas las ocasiones en las que la moderna estructura discursiva de las emergencias ha propiciado la exacerbación de varias de las respuestas penales con las que tradicionalmente se ha intentado conjurar otras emergencias/peligros. A modo de ejemplo, vale la pena recordar que con el objeto de satisfacer las necesidades de protección de la sociedad, los legisladores penales han permitido, en España, el progresivo endurecimiento del tratamiento penal del menor —mediante la reforma de la ley penal del menor en virtud de la *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*—¹²¹; la creación del delito de maltrato de animales domésticos del artículo 337 y la introducción de la falta de abandono de animales en el artículo 631 del Código Penal¹²² —en virtud de la *Ley Orgánica 15/2003, de*

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, ob. cit., p. 32; el mismo / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho Penal , Parte General*, cit., pp. 5 y 67.

¹²¹ Véase un estudio pormenorizado en SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., pp. 53 – 76.

¹²² No obstante, nos gustaría resaltar que, en nuestra opinión, la tipificación del delito de maltrato a los animales ha sido una novedad introducida con mucho acierto, pues vemos en él un injusto que ostenta la magnitud necesaria para formar parte del catálogo de delitos. No obstante, creemos que la redacción y el ámbito de aplicación de

25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal—¹²³; el endurecimiento de las sanciones penales en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales —en virtud de múltiples reformas, tales como las de 1999 y, posteriormente, la del 2003—¹²⁴; y, en Italia, la extensión de la legítima defensa mediante la introducción de la presunción de proporcionalidad de la reacción defensiva —mediante la *Legge 13 febbraio 2006 n. 59. Modifica all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio*—¹²⁵.

esta figura tendría que mejorarse. Ello, sin embargo, no constituye un óbice para cuestionar la forma y motivaciones por la que el legislador decidió incluir en el Código Penal esta modificación (pues, recordemos, dicha norma tuvo su origen en el escándalo mediático suscitado en relación con una serie de maltratos de importante gravedad acaecidos en un conocido albergue de animales domésticos abandonados). En relación con esta cuestión, de otra opinión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, VIVES ANTÓN, Tomás / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONEU MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (Autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 764 y 765.

¹²³ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, ob. cit., p. 764; PIZARRO MAQUEDA, María José, “Cuadro sinóptico de la gran Reforma Penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 8/2010, parte Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 187; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La inminente entrada en vigor de la reforma del Código Penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 810, Año XVIII, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1 y 2.

¹²⁴ ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomás VIVES ANTÓN / Enrique ORTS BERENGUER / Juan Carlos CARBONEU MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (Autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 230 y s.

¹²⁵ Con mayor detenimiento, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., p. 53.

Por otra parte, conviene llamar la atención respecto del ya aprobado Proyecto de 2009 de Reforma del Código Penal¹²⁶, pues se proponía una reforma de los delitos contra la libertad sexual que amplifique las sanciones penales en los casos en los que las víctimas sean menores de edad —a través de la introducción de un nuevo Capítulo denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores”— a pesar de que en su Exposición de Motivos expresamente se reconoce que dicha modificación tiene su motivación en “*el acaecimiento en los últimos tiempos de casos de especial gravedad [...que han...] provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en los que las víctimas son menores de edad*”. No obstante, conviene anotar que dicha redacción no fue finalmente adoptada por la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

En esta línea de ideas, ante la imparable tendencia político-criminal que, con base en el discurso de las emergencias, ha conseguido estructurar algunas de las medidas inoportunas más cuestionadas de nuestro siglo (y de finales del pasado también)¹²⁷ solo nos queda plantearnos las dos siguientes preguntas ¿se están protegiendo realmente los bienes jurídicos que el Derecho

¹²⁶ Véase el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A: Proyectos de Ley, 27 de noviembre de 2009, Núm. 52-1, p.6

¹²⁷ Tendencia que caza perfectamente con el planteamiento de JAKOBS en lo referente al fundamento de la pena, que no se encuentra sino, en opinión de dicho autor, en el propio acto de penar para ejercitar la fidelidad al Derecho con el objeto de que la sociedad —el público— refuerce la confianza que tiene en el Derecho. Cfr. JAKOBS, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 8.

Penal dice proteger? y, al mismo tiempo, ¿se ha conseguido reducir o filtrar el poder punitivo más irracional?

No cabe duda de que la forma en la que se llevará a cabo el tratamiento del delincuente imputable peligroso en el futuro próximo depende, en gran medida, de la respuesta que demos a estas interrogantes; no obstante, un factor fundamental será el constituido por el trabajo —que ha de funcionar como elemento estabilizador— de las corporaciones verdaderamente objetivas, pues son estas las que tendrán la función de desvelar la irracionalidad que se esconde detrás de la estructura discursiva de las emergencias, así como también de sus gestores, así como de elaborar propuestas claramente dirigidas a la limitación del poder punitivo anteriormente magnificado —sólo por mencionar dos ejemplos, en nuestro medio destacan el “Grupo de Estudios de Política Criminal” y la recientemente creada “Plataforma otro Derecho penal es posible”—.

CAPÍTULO III

EL SUJETO PELIGROSO

I. SOBRE LOS “SUJETOS PELIGROSOS”

El repaso histórico de los discursos penales y criminológicos que se ocuparon del tema de las respuestas para el tratamiento del delincuente peligroso (*vid. supra* Capítulo I) nos deja entrever la vital importancia que tenía —y tiene— para el sistema punitivo la identificación, precisamente, de las personas portadoras de *peligrosidad criminal*. En efecto, como habíamos señalado, diversos han sido los sujetos a los que, a lo largo de la historia, se les ha atribuido esta característica: brujas, herejes¹²⁸, prostitutas¹²⁹,

¹²⁸ Según la Bula dictada por Inocencio XIII —que sirvió de base para que KRÄMER y SPRENGER preparasen el, ya mencionado, Martillo de las Brujas— las brujas y herejes son “*causa de peligro para muchos*” en cuanto que son personas que, despreocupadas de su salvación y apartadas de la Fe Católica, “se abandonaron a demonios, íncubos y súcubos, y con sus encantamientos, hechizos, conjuros y otros execrables embrujos y artificios, enormidades y horrendas ofensas, han matado niños que estaban aún en el útero materno, lo cual también hicieron con las crías de los ganados; que arruinaron los productos de la tierra, las uvas de la vid, los frutos de los árboles; más aun, a hombres y mujeres, animales de carga, rebaños y animales de otras clases, viñedos, huertos, praderas, campos de pastoreo, trigo, cebada y todo otro cereal; estos desdichados, además, acosan y atormentan a hombres y mujeres, animales de carga, rebaños y animales de otras clases, con terribles dolores y penosas enfermedades, tanto internas como exteriores; impiden a los hombres realizar el acto sexual y a las

mujeres concebir, por lo cual los esposos no pueden conocer a sus mujeres, ni éstas recibir a aquéllos; por añadidura, en forma blasfema, renuncian a la Fe que les pertenece por el sacramento del Bautismo, y a instigación del Enemigo de la Humanidad no se resguardan de cometer y perpetrar las más espantosas abominaciones y los más asquerosos excesos, con peligro moral para su alma, con lo cual ultrajan a la Divina Majestad y *son causa de escándalo y de peligro para muchos*". Véase, Germán ALLER MAISONNAVE, "Peligrosidad y Derecho Penal", en *Violencia y peligrosidad en la sociedad de hoy. Reflexiones educativo-preventivas basadas en la experiencia de destacados profesionales*, Daniel MALTZMAN PELTA (Ed.), Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Montevideo, 2002, p. 11; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, op. cit., p. 85.

¹²⁹ Recuérdese que cuando los postulados de la escuela positiva italiana hallaron eco en la doctrina y legislación española, se comenzó a sancionar la prostitución debido a la peligrosidad que portaban las mujeres que se dedicaban a este oficio. Ello en la medida de que:

a) por una parte, se consideraba que estas mujeres eran las principales portadoras de una serie de enfermedades pandémicas de transmisión sexual (sífilis, gonorrea) que en aquél tiempo eran prácticamente mortales, lo cual presuponía un gran peligro para la salud pública y

b) de otro lado, porque al transmitir estas enfermedades a sus hijos (así como también a sus clientes) se posibilitaba la proliferación de sujetos caracterizados por una enorme peligrosidad social, esto es, "futuros criminales más dañinos aún que sus madres". Cfr. Gemma NICOLÁS LAZO, "Breve repaso histórico del tratamiento jurídico de la prostitución en el Estado español contemporáneo (siglo XIX hasta la transición política)", en *Contornos y Pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, I. RIVERA / H. SIRVIERA / E. BODELÓN / A. RECASENS (Coords.), Editorial Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 258-264; la misma, *La reglamentación de la prostitución en el Estado español: Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*, Tesis Doctoral, Departament de Dret Penal i Ciències Penals, Universidad de Barcelona, Encarna BODELÓN GONZÁLEZ / José Ignacio RIVERA BEIRAS (Dirs.), pp. 429, 499 y 511. Disponible en Internet: <<http://www.tdx.cbuc.es/TDX-0724107-091858/index.html>> acceso el 4 de diciembre de 2009.

alcohólicos¹³⁰, vagos, maleantes¹³¹, comunistas, anarquistas, traficantes de drogas, terroristas, agresores sexuales, homicidas y/o asesinos en serie¹³², etc.¹³³ No obstante, es importante recordar que, el transcurso de los años sin

¹³⁰ Ilustrativo en relación con los casos del alcoholismo y drogadicción, Julio LEAL MEDINA, *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 297 y s.; también, Ricardo ROBLES PLANAS, “Violencia y Seguridad”, cit., p. 2.

¹³¹ Gemma NICOLÁS LAZO, *La reglamentación de la prostitución en el Estado español: Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*, ob. cit., p. 429; Julio LEAL MEDINA, *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, ob. cit. pp. 297 y s.

¹³² Con sumo detalle, Luis Gracia Martín, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho Penal del enemigo”, ob. cit., pp. 475 y 476; Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., pp. 163 y ss. También, Günter JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, Günter JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, Cívitas, Madrid, 2003, pp. 39 y ss.

¹³³ No obstante, conviene citar también la clasificación que LEAL MEDINA presenta sobre los sujetos peligrosos más representativos a lo largo de la historia:

a) en el Derecho antiguo: esclavos, usureros, extranjeros, furiosos, blasfemos y ateos, hebreos, locos y desmemoriados, endemoniados, leprosos, infectados por contagio, traidores, marcados y señalados, mutilados, marginados y desamparados, acusados de brujería y magia;

b) en el Derecho moderno: vagabundos, perturbados mentales, enfermos de peste, judíos, herejes, pícaros y mendigos, truhanes y buhoneros, rufianes y pequeños ladrones, holgazanes, pobres y mendigos, mujeres prostitutas, mujeres sin hogar y desamparadas, gitanos, egipcianos, extranjeros desprovistos de capacidad económica, moriscos, ociosos y malentretidos, hambrientos y menesterosos, reincidentes, vagos y tahúres, menores de edad que cometen delito, idiotas y enajenados, alcohólicos, homosexuales, proxenetas y pandilleros, los que no poseen oficio ni trabajo conocido, indocumentados, deficientes psíquicos desamparados, toxicómanos, psicóticos, epilépticos y neuróticos, psicópatas y otros alterados psíquicos.

lugar a dudas dio lugar a que, por un lado, se dejara progresivamente de ver a muchas de estas personas como sujetos portadores de peligrosidad —por ejemplo brujas, herejes, prostitutas, etc.— mientras que, por otro, a que otras tantas se consolidaran como los delincuentes que hoy en día pueden ser consideradas, bajo algunas circunstancias, como peligrosas —por ejemplo: violadores, homicidas y asesinos en serie—.

En este sentido, como veremos más adelante, la posesión de esta característica —es decir, la peligrosidad criminal— revela al juzgador la probabilidad de que todos los sujetos portadores de la misma puedan cometer un delito en un futuro más o menos concreto. No obstante, como señala el Profesor ROMEO CASABONA, “los síntomas que conducen a esta conclusión son distintos según la personalidad del sujeto [...]”¹³⁴, pues podemos encontrarnos, atendiendo a los autores del delito, frente a sujetos inimputables, semiimputables o, finalmente, imputables —según la clasificación que se hace de las personas que cometan un injusto penal, teniendo en cuenta la capacidad que tenían éstas para comprender el carácter ilícito de su conducta y de obrar conforme a dicho conocimiento¹³⁵—. Este último dato hace imprescindible la

Cfr. Julio LEAL MEDINA, *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 338 y 339.

¹³⁴ Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., p. 57; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, p. 298.

¹³⁵ Véase, Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., p. 57; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 298 y ss.; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito/2*, Editorial Tecnos, 4ª Reimpresión, 2004, p. 51; del mismo modo desde la Psicología Forense, Gualberto BUELA-CASAL, “Método y procedimiento de la evaluación psicológica forense para un peritaje psicológico forense en el proceso penal”, en *Psicología Forense: Manual de*

realización de una —breve— descripción de las particularidades que plantea el problema de la peligrosidad en estos tres grupos; por lo que a continuación nos ocuparemos de los dos primeros —esto es, de los inimputables y semiimputables—, dejando el análisis pormenorizado del tercero —el sujeto imputable peligroso— para el epígrafe siguiente.

1.1. Inimputables

1.1.1. Aspectos generales

Sabido es que existe un alto nivel de consenso en lo que respecta a la idea de que una persona es culpable (imputable), únicamente, cuando en el momento de cometer un injusto —esto es una acción típica y antijurídica— gozaba de la plena capacidad de obrar de otro modo, es decir, de la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, que vaya de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico¹³⁶.

De esta forma, sólo podrá reprocharse la comisión de una acción típica y antijurídica a un sujeto que, en principio, goce de determinado nivel de desarrollo o madurez de la personalidad y que, además, ostente determinadas

técnicas y aplicaciones, Juan Carlos SIERRA / Eva M^a JIMÉNEZ / Gualberto BUELA-CASAL (Coords.), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, p. 134.

¹³⁶ Cfr. por todos, José CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito/2*, Editorial Tecnos, 4^a Reimpresión, 2004, p. 50. También, Asier URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en Psiquiatría y Genética*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, Bilbao – Granada, 2004, p. 134.

condiciones biopsíquicas que le permitan conocer la ilicitud de sus acciones — u omisiones— y obrar conforme a dicho conocimiento¹³⁷⁻¹³⁸.

De este hecho se deriva la idea de que, de forma inversa, el Estado no puede reprochar a una persona la comisión de un injusto siempre que se pruebe que esta se hallaba en una situación tal que *no podía actuar de otro modo*. En

¹³⁷ Recuérdese que el Código Penal español ha adoptado —en relación con la regulación de las causas de inimputabilidad basadas en una enfermedad, anomalía o trastorno mental— la *fórmula mixta psiquiátrico-psicológica*, por medio de la cual se hace referencia a una enfermedad, anomalía o trastorno psíquico, pero que se exige que como consecuencia de la misma el sujeto se hubiese visto privado de la posibilidad de conocer la ilicitud de sus acciones —u omisiones— y/o de obrar conforme a dicho conocimiento. En efecto, si partimos de la idea de que la imputabilidad es la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a dicho conocimiento, la fórmula psiquiátrico-psicológica parece ser la más acertada (a diferencia de las *fórmulas psiquiátricas* —por medio de las cuales se hace referencia únicamente a la enfermedad, anomalía o trastorno mental, sin aludir a los efectos psicológicos derivados de estas en relación con la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a dicho conocimiento— o *biológicas* —en las que sólo se hace referencia al estado de inconsciencia o anulación de la voluntad del sujeto sin importar la causa que hubiese provocado dichos efectos—) en la medida que puede suceder que la anomalía o alteración psíquica no guarde relación con la conducta del agente o no le haya privado de la capacidad de conocer la ilicitud de sus acciones y/o de obrar conforme a dicho conocimiento. Cfr. núms. 1.º y 2.º del artículo 20 CP.

¹³⁸ CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1986, p. 58; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, Ed- Tecnos, Madrid, 2001, p. 50; Asier URRUELA MORA, “Modernas aportaciones al debate en torno a la fundamentación material de la culpabilidad”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Domingo García Rada*, Robinson GONZÁLEZ CAMPOS / José Luis GUZMÁN DALBORA / José F. PALOMINO MANCHEGO / Manuel QUINTANILLA CHACÓN / Luis REGIS PRADO / Asier URRUELA MORA (Comité Científico), Julio ARMAZA GALDOS (Dir.), Editorial Adrus, Arequipa, 2006, p. 131.

este sentido, la doctrina ha denominado a las personas que se hallen en esta situación con el nombre de inimputables, esto es, “personas que carecen de capacidad de culpabilidad”¹³⁹. Este grupo de personas, según lo estipulado por la legislación penal española vigente, estaría conformado, a saber, por:

*a) las personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas que excluyan penalmente su imputabilidad*¹⁴⁰ —artículos 101 y 20.1^a del Código Penal—: trastornos mentales orgánicos (psicosis exógenas), esquizofrenia y trastornos delirantes persistentes (psicosis endógenas, p. ej. la paranoia), trastornos del humor o afectivos (psicosis maniaco depresiva), neurosis, psicopatías y, finalmente, retraso mental;

b) quienes, al tiempo de cometer el injusto, se encuentren en un estado de intoxicación plena —no en estado de inconsciencia, en cuyo caso nos encontraríamos ante un supuesto de falta de acción— *por la ingestión de determinadas sustancias que excluya penalmente su imputabilidad* —artículos 102 y 20.2^a del Código Penal—: bebidas alcohólicas, drogas tóxicas,

¹³⁹ CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 58

¹⁴⁰ En este grupo estarían comprendidas todas las enfermedades mentales enumeradas en la décima revisión de la *Clasificación estadística internacional de enfermedades y otros problemas de salud* (CIE 10) de la Organización Mundial de la Salud, así como en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM IV) de la Asociación Psiquiátrica de los Estados Unidos de América. Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., p. 60; Asier URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en Psiquiatría y Genética*, ob. cit., p. 198; Eladio José MATEO AYALA, *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el Derecho penal comparado. Alemania. Italia. Francia*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 20 y ss.; Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, “Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración de la percepción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 333 y ss.

estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, tanto si la intoxicación es fortuita, imprudente o voluntaria (con la única excepción, en este último supuesto, de los casos en los que opere la *actio libera in causa* previstos en la norma penal); y, finalmente,

c) por quienes padezcan alteraciones de la percepción que excluyan penalmente su imputabilidad —artículos 103 y 20.3^a del Código Penal—: sordomudez, ceguera¹⁴¹.

1.1.2. Evaluación de la imputabilidad

En este sentido, conviene poner de manifiesto, que para poder determinar si un sujeto determinado es o no inimputable, el juzgador tendrá que empaparse de cierta cantidad de información en relación con el nivel de desarrollo de la personalidad del procesado, así como de las condiciones biopsíquicas en las que se encontraba éste en el momento de cometer la acción típica y antijurídica por la que se le juzga. No obstante, estos no son los únicos datos que servirán al Juez o Tribunal para emitir un pronunciamiento respecto de la inimputabilidad del procesado pues, además, tendrá que informarse sobre si las circunstancias mencionadas anteriormente, efectivamente condicionaron el modo de actuar del inculpado dado que, de no ser así, por más que se compruebe que un sujeto padece permanentemente de una gravísima anomalía

¹⁴¹ Aunque recordemos que la doctrina más autorizada ha puesto de relieve la necesidad de suprimir del Código Penal esta eximente en vista de que, además de ser *superflua*, carece de relevancia político-criminal por haber sido apenas aplicada en la práctica (como el Profesor CEREZO MIR señala, ésta sido aplicada como eximente completa únicamente en la STS de 23 de diciembre de 1992 —A. 10322— en un supuesto de sordomudez). Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., pp. 83-85.

psíquica, no podrá ser declarado inculpable en la medida que, como sabemos, el estado de salud —en este caso psíquica— del sujeto tiene, necesariamente, que condicionar su forma de actuar o, en todo caso, limitar sus posibilidades de actuación en una circunstancia concreta¹⁴².

De esta forma, debemos señalar que el juzgador obtiene toda esta información principalmente —aunque no exclusivamente— de los informes y el asesoramiento que pueda ofrecerle un perito especializado en la materia que previamente haya desarrollado un peritaje psicológico y/o psiquiátrico del sujeto procesado.

En relación con esta cuestión, algunos autores sostienen que dicho peritaje tiene como finalidad primaria el establecimiento de la imputabilidad —o inimputabilidad— penal de una persona acusada de cometer un delito¹⁴³; lo cual nos llevaría a la conclusión de que es el perito quién tiene, finalmente, la última palabra en relación con la determinación de la imputabilidad penal del procesado. Sin embargo, si bien es cierto que, efectivamente, es el perito —especialista en Psicología o Psiquiatría— la persona adecuada para emitir un pronunciamiento respecto del, ya mencionado, nivel de desarrollo o madurez de la personalidad del acusado, así como de las condiciones biopsíquicas que condicionen sus acciones u omisiones, dado que, en última instancia, es él el

¹⁴² Cfr. Luis GRACIA MARTÍN, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*, Luis GRACIA MARTÍN (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 455 y 456.

¹⁴³ Así, por ejemplo, BUELA-CASAL, Gualberto, “Método y procedimiento de la evaluación psicológica forense para un peritaje psicológico forense en el proceso penal”, ob. cit., p. 135.

actor procesal que goza de la especialización científico-técnica adecuada para tal fin; no podemos perder del vista el hecho de que la declaración de la inimputabilidad o, en su caso, imputabilidad del procesado le corresponde finalmente al juzgador, en la medida que aquella, como categoría o elemento de la teoría del delito, no es sino un *concepto jurídico normativo* que no podría ser *graduado* por un especialista ajeno a la ciencia del Derecho penal y que, además, no se encuentre en posesión de la jurisdicción necesaria para tal efecto.

Sin embargo, desde la Psiquiatría y Psicología Forense, algunos autores ponen de manifiesto la necesidad de la diferenciación entre las nociones de *imputabilidad psíquica* —cuya valoración le correspondería al psiquiatra o psicólogo forense en vista de que es él quien posee la capacitación adecuada para pronunciarse respecto de la relación de causalidad psíquica entre el inculcado y sus acciones¹⁴⁴— y, por otro lado, la de *imputabilidad jurídica* —concebida, claro está, como aquel elemento (presupuesto) normativo de la culpabilidad y sobre la cual, únicamente, podría pronunciarse el Juez o el Tribunal—¹⁴⁵.

De esta forma, el peritaje psicológico que servirá al Juez de base para su pronunciamiento tendrá que elaborarse en función de una evaluación psicológica o psiquiátrica realizada en el marco del proceso penal, con la

¹⁴⁴ En opinión de BUELA-CASAL, es función de los peritos “identificar y evaluar los posibles trastornos psicopatológicos y su relación con la conducta delictiva”. Cfr. Gualberto BUELA-CASAL, “Método y procedimiento de la evaluación psicológica forense para un peritaje psicológico forense en el proceso penal”, ob. cit., p. 134.

¹⁴⁵ De esta opinión, María del Carmen CANO LOZANO, “Evaluación psicológica de la imputabilidad”, en *Psicología Forense: Manual de técnicas y aplicaciones*, Juan Carlos SIERRA / Eva M^a JIMÉNEZ / Gualberto BUELA-CASAL (Coords.), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, p. 158.

finalidad de extraer ciertos datos fácticos que permitan al juzgador comprobar la imputabilidad, semiimputabilidad o, finalmente, inimputabilidad de un sujeto procesado por la comisión de un injusto penal. Por este motivo, como señala BUELA-CASAL, en dicha evaluación tendrían que participar, necesariamente, tanto el evaluador —que utilizará para tal efecto una serie de instrumentos o técnicas de evaluación— como la persona evaluada¹⁴⁶. No obstante, dado que dicha evaluación, por motivos de seguridad jurídica, debe orientarse hacia la consecución de un grado de fiabilidad bastante alto, no puede llevarse a cabo sin que previamente se haya seguido una serie de pasos y/o fases que garanticen que el perito ha personalizado el proceso al caso concreto.

Por esta razón, en primer lugar, el evaluador debe recabar toda la información posible respecto del caso investigado, pues los datos que se obtengan de la evaluación psicológica del sujeto procesado tienen que relacionarse con los hechos por los cuales se le juzga. Dicha información podría obtenerse de varias fuentes: de los documentos del proceso, de entrevistas con los letrados, familiares, amigos, partes implicadas, informes clínicos previos e, incluso, del propio sujeto procesado.

Esta fase inicial permite al evaluador establecer el primer contacto con los datos que conducirán a la elaboración del informe final, por lo que

¹⁴⁶ No podría considerarse como peritaje la evaluación de un procesado que en ese preciso momento se encuentre ausente, por ejemplo, a través de entrevistas con terceros. Sin embargo, a pesar de que esta actividad no constituya propiamente un peritaje psicológico, los datos extraídos pueden eventualmente servir al evaluador para fundamentar, apoyar o desvirtuar sus posibles conclusiones. Cfr. Gualberto BUELA-CASAL, “Método y procedimiento de la evaluación psicológica forense para un peritaje psicológico forense en el proceso penal”, *ob. cit.*, p. 135.

culminada esta etapa puede, bien planificar el peritaje, o bien decidir que no asume el caso —por considerar, por ejemplo, que no es de su especialidad—.

En el supuesto que el evaluador considere que puede asumir el caso, tendrá que organizar y planificar el peritaje partiendo tanto de la información recabada en la primera etapa del proceso, así como de una primera entrevista con el procesado, que le permita conocer la versión que tiene éste de los hechos por los que se le juzga, así como su nivel socio-cultural y de comprensión, el grado de colaboración que muestra, etc.¹⁴⁷ Con toda esta información a su disposición, el perito:

a) tendrá que seleccionar el modelo de evaluación más adecuado en función del caso concreto,

b) tendrá que elegir el tipo de pruebas o test psicológicos más idóneos para el sujeto que examina y, finalmente,

c) deberá plantear las primeras hipótesis sobre el nivel de desarrollo o madurez de la personalidad del acusado, así como de las condiciones biopsíquicas que posiblemente hayan condicionado su forma de actuar.

La tercera fase de la evaluación comprende la aplicación del modelo de evaluación y de las pruebas previamente elegidas¹⁴⁸. Para ello, el perito tendrá

¹⁴⁷ Véase, Gualberto BUELA-CASAL, “Método y procedimiento de la evaluación psicológica forense para un peritaje psicológico forense en el proceso penal”, ob. cit., p. 135.

¹⁴⁸ Sin embargo, es necesario indicar que, como CANO LOZANO señala, España no cuenta con instrumentos de evaluación forense específicos para la valoración de la imputabilidad, por lo que el recurso a pruebas y/o métodos alternativos constituiría el único recurso para llevar a cabo este cometido.

En efecto, la utilización de la entrevista, la observación, así como el uso de algunas técnicas de evaluación psicológica clínica (no forense) que se adecúen a la

que asegurarse que dichas pruebas se desarrollen bajo una serie de condiciones ambientales, temporales y personales que garanticen la fiabilidad de los resultados obtenidos¹⁴⁹.

Una vez recabados los resultados y la información derivada de la aplicación de las pruebas de la tercera fase, el psicólogo forense tendrá que analizar los resultados obtenidos (cuarta fase), prestando especial atención a la coherencia y concordancia entre los datos derivados de las distintas pruebas aplicadas con la información adicional que se disponga (v. gr. los resultados no serían coherentes si se llegara a la conclusión de que determinado sujeto tiene un nivel intelectual muy bajo aún cuando éste ostenta un historial académico sobresaliente), así como al cumplimiento o no de las hipótesis de

evaluación de las variables de interés son, de hecho, las técnicas que actualmente se utilizan en la práctica judicial para colaborar con el Juez o Tribunal con la labor de determinar si determinado sujeto es imputable o no. Véase María del Carmen CANO LOZANO, "Evaluación psicológica de la imputabilidad", ob. cit., p. 168; Juan Carlos SIERRA / Eva María JIMÉNEZ / Deborah BUNCE, "Técnicas de evaluación en psicología jurídica y forense", en *Psicología Forense: Manual de técnicas y aplicaciones*, Juan Carlos SIERRA / Eva M^a JIMÉNEZ / Gualberto BUELA-CASAL (Coords.), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, pp. 485-523. Ante este panorama, CANO LOZANO resalta la apremiante necesidad de adecuar al contexto legal español, al menos, dos de los principales instrumentos de evaluación forense específicos desarrollados en el ámbito anglosajón: **a)** *Mental State at the Time of the Offense Screening Evaluation, MSE* (Detección y Evaluación del Estado Mental en el Momento del Delito) y **b)** *Rogers Criminal Responsibility Assessment Scales, RCRAS* (Escala Rogers para la Evaluación de la Responsabilidad Criminal). Cfr. María del Carmen CANO LOZANO, "Evaluación psicológica de la imputabilidad", ob. cit., p. 168.

¹⁴⁹ Un importante aspecto a tener en cuenta en esta etapa, es el constituido por el denominado "control de la simulación". En efecto, dado que los resultados de la evaluación pueden beneficiar o perjudicar al acusado, este podría estar motivado a mentir o a simular durante la aplicación de las pruebas, por lo que el perito en principio tendrá que desarrollar su trabajo siempre bajo esta hipótesis hasta que consiga descartar o comprobar dicha simulación.

partida en relación con el caso. Dependiendo de las circunstancias el evaluador podrá determinar si la evaluación desarrollada es suficiente para emitir un informe altamente fiable o si, por el contrario, es necesario practicar alguna o varias pruebas más.

Finalmente, la quinta fase comprende la comunicación al Juez o al Tribunal, tanto escrita como oral, del informe del peritaje, que comprende tanto la descripción del trabajo realizado por el evaluador —instrumentos utilizados, procedimiento, resultados— como las conclusiones a las que éste haya llegado.

En este sentido, y teniendo en cuenta las cinco fases que acabamos de enumerar y describir, podría decirse que la labor del evaluador en el peritaje psicológico de la imputabilidad de una persona concreta pasa por tres momentos trascendentales¹⁵⁰:

- La determinación de la presencia de un trastorno mental, su entidad, significación, evolución y, en su caso, pronóstico;

- El análisis de la forma en la cual dicho trastorno altera la capacidad de conocer la ilicitud de sus acciones (capacidad cognitiva) o la capacidad de obrar conforme a dicho conocimiento (capacidad volitiva).

- El establecimiento de la relación de causalidad entre el trastorno con los déficits de las capacidades asociadas, así como con la conducta típica y antijurídica en cuestión.

En cualquier caso, como indicábamos más arriba, el Juez encargado de graduar la inimputabilidad o imputabilidad del procesado, además de valorar la

¹⁵⁰ María del Carmen CANO LOZANO, “Evaluación psicológica de la imputabilidad”, ob. cit., p. 165.

información extraída del peritaje psicológico o psiquiátrico, deberá también tener en cuenta la personalidad del agente dado que ésta también forma parte de la circunstancia en la que actuó. No obstante, conviene recordar que dicha valoración de la personalidad tendrá que desarrollarse estrictamente en el marco del concepto de culpabilidad por el hecho, es decir, que mediante el conocimiento de la personalidad del sujeto procesado, el juzgador podrá únicamente completar la información que posee respecto del catálogo de las posibles conductas que el agente pudo adoptar en el momento de ejecutar la acción típica y antijurídica, reprochando así la forma de actuar por la que se decantó, teniendo en cuenta el “ámbito de decisión que su personalidad contribuía a configurar”¹⁵¹.

1.1.3. Consecuencias de la declaración de inimputabilidad

Comprobada la comisión de un injusto penal y una vez que el juzgador —después de seguir el proceso de valoración de la imputabilidad descrito en los párrafos anteriores— considere adecuadamente probada la afirmación de que el procesado carecía del suficiente grado de desarrollo de la personalidad o de determinadas condiciones biopsíquicas que le permitiesen conocer la ilicitud de sus acciones —u omisiones— y obrar conforme a dicho conocimiento, es decir, una vez que compruebe que el procesado es

¹⁵¹ En efecto, no ocurriría lo mismo si se trabaja en base a la noción de la culpabilidad por el autor, en cuyo caso se reprocharía la personalidad misma del sujeto en función del injusto. Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., p. 510; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., pp. 45-46.

inimputable, tendrá el magistrado que pronunciarse respecto de las consecuencias jurídicas de dicho injusto penal¹⁵².

Ahora bien, conviene recordar que por imperio del principio de culpabilidad, una vez comprobada la inimputabilidad del agente, el Juez tendrá que descartar categóricamente la imposición de cualquiera de las penas establecidas en el Código Penal¹⁵³, quedándole, por tanto, el examen de la procedencia o, en su caso, improcedencia de la imposición de una medida de seguridad y reinserción social¹⁵⁴. No obstante, y al hilo de esta afirmación, es importante poner de manifiesto que la sola comprobación de que un sujeto es, efectivamente, inimputable en modo alguno confiere al Juez los elementos necesarios para imponer y determinar la clase y forma de cumplimiento de una medida de seguridad, pues tendrá primero que determinar si el sujeto, además de ser inimputable, es criminalmente peligroso¹⁵⁵.

¹⁵² Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, "Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración de la percepción", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 333 y ss.; Eladio José MATEO AYALA, *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el Derecho penal comparado. Alemania. Italia. Francia*, ob. cit., pp. 40 y ss.

¹⁵³ Véase, Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Tercera Edición, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 962 y 963.

¹⁵⁴ Fundamental para el estudio de las medidas de seguridad y reinserción social aplicables a sujetos inimputables la reciente obra del Prof. Asier URRUELA MORA: *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, ob. cit. Véase también LEAL MEDINA, Julio, *Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los Interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal*, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Num. 20, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 319.

¹⁵⁵ Recuérdese que la doctrina mayoritaria es casi completamente unánime al afirmar que el fundamento de las medidas de seguridad está constituido por la

En este sentido, dependiendo del resultado de la evaluación de la peligrosidad criminal del acusado —que se lleva a cabo a través del juicio de peligrosidad [vid. *infra* epígrafe 3.5 de éste mismo capítulo]— el juzgador podrá optar, bien por no imponer ninguna medida de seguridad (siempre que se llegue a la conclusión de que el sujeto no es criminalmente peligroso), o bien por imponer y determinar la clase y forma de ejecución de dicha consecuencia jurídica¹⁵⁶ (en el supuesto, claro está, de que se haya llegado a confirmar que el procesado es peligroso, en virtud de lo establecido por el artículo 95, 1ª, 2º del Código Penal¹⁵⁷⁻¹⁵⁸).

peligrosidad criminal del agente. Cfr. por todos José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*, cit., p. 38. Se ha manifestado en contra, sin embargo, CUELLO CONTRERAS, para quien el fundamento de la medida se encuentra en la gravedad del delito cometido. Véase, Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Tercera Edición, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 140 y 151. Más adelante [vid. *infra* Capítulo V] nos pronunciaremos detalladamente sobre esta cuestión.

¹⁵⁶ No obstante, un sector de la doctrina —a la cual no nos adherimos— se ha manifestado en contra de que el Derecho de medidas sea considerado como parte del Derecho Penal, argumentando que, para el caso de los inimputables, ha de ser el Juez Civil el encargado de determinar su imposición en función de las disposiciones del Derecho Psiquiátrico. Encabeza esta línea de pensamiento, Eugenio Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., p. 54.

¹⁵⁷ “Artículo 95: 1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

1. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

El subrayado es nuestro.

1.2. El caso de la imputabilidad disminuida

Sabido es que existen algunos supuestos en los que la evaluación de la imputabilidad de un sujeto —que haya ejecutado una acción típica y antijurídica— arroja como resultado que la capacidad de culpabilidad de dicha persona no se encontraba completamente excluida en el momento en el que dicho agente ejecutó la acción, sino que, más bien, únicamente se vio disminuida debido a la concurrencia de una serie de factores que por sí solos no son suficientes para la apreciación de una eximente que haga que la conducta del agente sea completamente irreprochable.

Según lo apuntado por la doctrina, las eximentes incompletas de anomalía o alteración psíquica, de intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos o hallarse bajo los efectos de un síndrome de abstinencia y de alteraciones en la percepción, se aplican cuando se aprecia no

¹⁵⁸ Una completa clasificación de las medidas de seguridad que el ordenamiento jurídico español contempla en: Luis GRACIA MARTÍN, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*, ob. cit., pp. 466 y ss.; Julio LEAL MEDINA, *Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los Interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal*, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Num. 20, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 375-449. Asimismo, un análisis pormenorizado de cada una de las medidas de seguridad previstas en el CP de 1995 aplicables en supuestos de anomalía o alteración psíquica en Asier URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, en la Colección “Estudios de Derecho Penal y Criminología” dirigidos por Carlos María ROMEO CASABONA, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 113-210.

una exclusión, sino una considerable disminución de la capacidad de culpabilidad, esto es, de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a dicho conocimiento¹⁵⁹ por lo que, como sostiene el Profesor ROMEO CASABONA, a diferencia del caso específico de los inimputables, en estos supuestos “juega ya el binomio culpabilidad-pena”¹⁶⁰, dando lugar, conforme lo estipulado por la legislación vigente —artículo 68 del Código Penal—, a una disminución de la pena en uno o dos grados¹⁶¹.

¹⁵⁹ Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., pp. 102 y s.; Eugenio Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., p. 566. Además, señala el Profesor CEREZO, que para apreciar una causa de inimputabilidad incompleta como atenuante, es indispensable la concurrencia de los elementos esenciales de la eximente respectiva. Así, son elementos esenciales **a)** en la eximente del artículo 20, 1.º: la concurrencia de una anomalía o alteración psíquica y, en el supuesto de que se trate de un trastorno mental transitorio, que éste no haya sido intencionalmente provocado por el sujeto para cometer el delito o siempre y cuando hubiese previsto o, al menos, podido prever su comisión —dado que, como en su momento indicamos, en los supuestos de *actio libera in causa* no cabe apreciar una eximente completa ni incompleta de anomalía o alteración psíquica—; **b)** en la eximente del artículo 20, 2.º, la presencia de una intoxicación derivada del consumo de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, o de un síndrome de abstinencia y que el sujeto no haya procurado dicha intoxicación para cometer el delito; **c)** en la eximente del artículo 20, 3.º, la presencia de alteraciones de la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que hayan producido una alteración de la conciencia de la realidad. Con detalle se ocupa de esta cuestión el autor citado en esta nota en la página 103 de su Manual PG, III.

¹⁶⁰ Así, Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 63; Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, “Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración de la percepción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 341 y s.

¹⁶¹ En efecto, el artículo 68 del CP prevé que “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o

No obstante, al igual que en los supuestos de inimputabilidad, puede darse el caso de que un sujeto semiimputable desvele que es también portador de peligrosidad criminal por lo que, sólo bajo esta circunstancia, el Juez o Tribunal podría evaluar la posibilidad de imponerle, además de la pena adecuada a la magnitud de su —reducida— culpabilidad, una medida de seguridad con miras a la consecución de ciertos fines de prevención especial¹⁶².

Como es sabido, en el ámbito doctrinal, todo parece indicar que la discusión en torno al sistema que debe regir en los supuestos de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas a sujetos semiimputables —que además sean, claro está, criminalmente peligrosos— ha virado de forma unánime en favor del sistema vicarial —llamado también *sustitutivo*¹⁶³—.

En efecto, como pone de manifiesto GRACIA MARTÍN, el rechazo al sistema dualista —consistente en aplicar ambas consecuencias sucesivamente— se debe, fundamentalmente, al hecho de que mediante este régimen sería imposible concretar la rehabilitación del condenado dado que se pone en peligro el éxito o posible éxito del tratamiento tanto si la pena se

concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”.

¹⁶² Eladio José MATEO AYALA, *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el Derecho penal comparado. Alemania. Italia. Francia*, ob. cit., pp. 36 y ss.; Julio LEAL MEDINA, *Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los Interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal*, ob. cit., p. 319.

¹⁶³ Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 84.

ejecuta con anterioridad al cumplimiento de la medida como si, por el contrario, se desarrolla después de la misma¹⁶⁴.

De esta forma, el Código Penal español ha acogido en su artículo 99 la posibilidad de aplicar el sistema vicarial en los supuestos en los que a un mismo sujeto, por su calidad de semiimputable peligroso, se le imponga penas y medidas de seguridad *privativas de libertad*¹⁶⁵⁻¹⁶⁶.

Las reglas características del régimen, a saber, son:

a) Se debe ordenar, siempre, que la medida sea ejecutada antes que la pena. El tiempo de cumplimiento de aquella computará como parte del fijado para la pena, por lo que en el caso de que la primera tenga una duración superior o igual a la última, la pena se tendrá por cumplida.

b) En los casos en los que, una vez cumplida la medida, aun quede un resto de pena por cumplir, podrán adoptarse una de estas dos posibilidades:

¹⁶⁴ Véase, Luis GRACIA MARTÍN, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*, ob. cit., p. 488.

¹⁶⁵ El artículo 99 del CP prevé que “en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.”.

¹⁶⁶ Recuérdese que el sistema dualista —llamado también *de acumulación* y que permite ejecutar íntegramente la pena y la medida— se ha mantenido para los casos en los que se imponga penas y medidas no privativas de libertad.

i) en el caso de que el cumplimiento del resto de la pena pueda poner en peligro los efectos positivos del tratamiento al que, a través de la medida, se sometió al condenado: suspender el resto de la pena o bien aplicar alguna de las medidas de seguridad previstas en el artículo 96, 3.º del CP;

ii) en el caso de que el cumplimiento del resto de la pena no ponga en peligro los efectos positivos del tratamiento (bien por ser estos inexistentes o bien por tener el Juez la seguridad de que, efectivamente, la pena no afectará dichos efectos): ordenar el cumplimiento efectivo del tiempo que quede de la pena privativa de libertad.

No obstante conviene poner de manifiesto que de lo estipulado por el ya mencionado artículo 99 del Código Penal —en relación con la facultad, otorgada al Juez o Tribunal, para suspender la ejecución del resto de la pena cuando ésta ponga en peligro los efectos conseguidos a través de la ejecución de la medida de seguridad correspondiente— se desprende la idea de que, efectivamente, cabe la posibilidad de que se imponga una medida de seguridad de menor duración que la de la pena, pero no queda claro si el legislador ha contemplado, asimismo, la posibilidad de que el juzgador pueda imponer una medida de seguridad de mayor duración que la de la pena impuesta.

En este sentido, esta duda ha sido sólo medianamente despejada por el propio codificador español pues el artículo 104, 1.º establece que el Juez o Tribunal, bajo ninguna circunstancia, podrán fijar una medida de seguridad cuya duración exceda el límite de la pena abstracta señalada en el Código para el delito correspondiente¹⁶⁷. En efecto, dado que, en principio, la pena para los

¹⁶⁷ El artículo 104, 1.º del CP establece: “En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la

semiimputables tendrá que atenuarse en uno o dos grados¹⁶⁸, podremos tener la certeza de que la duración de la misma, finalmente, se aproximará, en mayor o menor medida, al límite inferior de la pena abstracta establecida en la ley penal, por lo que, de hecho, cabe la posibilidad de que el juzgador imponga una medida de seguridad cuya duración se aproxime al límite máximo de la pena abstracta establecida en el Código Penal para el delito concreto (p. ej., para el delito de asesinato podría establecerse una pena privativa de libertad de quince años y, conjuntamente, una medida de seguridad —también privativa de libertad— de veinte años de duración).

Sin embargo, queda patente —en virtud del mismo artículo 104, 1.º— la proscripción de la imposición de una medida de seguridad cuya duración exceda el límite abstracto de la pena establecida para el delito correspondiente.

En este sentido, el criterio adoptado por el legislador penal español en relación con este punto ha sido coherentemente criticado por la doctrina más autorizada, dado que parte de una confusión entre el fundamento y los fines de las *penas* (culpabilidad / reafirmación del ordenamiento jurídico, prevención general y prevención especial) y de las *medidas de seguridad* (peligrosidad / prevención especial). No cabe duda, por una parte, que el juzgador podría encontrarse frente a un semiimputable que haya desvelado tal nivel de peligrosidad que justifique la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de una duración considerablemente mayor a la duración de la pena impuesta en función del injusto culpable (por ejemplo, deberse a la comisión de un delito de escasa gravedad). En esta misma línea se ha manifestado el

pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99”.

¹⁶⁸ Véase el artículo 68 del CP.

profesor ROMEO CASABONA quién sostenía, ya desde 1986, que en los supuestos de semiimputabilidad abre la “posibilidad [de la concreción] del binomio peligrosidad-medida”¹⁶⁹, por lo que queda patente que la duración de esta última no puede fijarse en función de la culpabilidad del agente. En adición a lo dicho, queda claro que, como señala CEREZO MIR, “la peligrosidad del delincuente puede persistir aún después de transcurrido el límite de duración de la pena privativa de libertad establecida para el delito correspondiente”¹⁷⁰.

Como veremos en la sección correspondiente [vid. *infra*. Capítulo IV] el polémico problema de la concurrencia de penas y medidas de seguridad, y más concretamente, de la fijación de la modalidad y duración de las mismas, se dificulta aún más cuando el sujeto sobre el cual podrían ambas recaer es, además de criminalmente peligroso, plenamente imputable.

Por lo pronto podemos adelantar que un sector muy importante de la doctrina que se ha ocupado del tema —a pesar de haber alcanzado un alto grado de unanimidad en relación con la cuestión de la concurrencia de penas y medidas en los supuestos de semiimputabilidad, claro está, reconociendo el papel que juegan los diversos fundamentos y fines de ambas consecuencias jurídicas del delito a la hora de determinarlas y, especialmente, cuantificarlas— se ha manifestado en contra de la imposición de medidas de

¹⁶⁹ Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 63.

¹⁷⁰ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., p. 108.

seguridad a sujetos imputables peligrosos¹⁷¹; mientras que otro sector — también importante— se ha manifestado a favor de las mismas¹⁷².

Creemos, pues, que el eje central de la discusión gira en torno a la cuestión de si puede o no el Estado de Derecho responder con medidas de seguridad en los casos en los que el sujeto peligroso sea, como dijimos, plenamente imputable. En este sentido, y dado que el principal objetivo de esta investigación es la articulación de una propuesta en relación con el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, creemos que debemos concretar una serie de cuestiones antropológicas y psicológicas respecto del sujeto materia de estudio, pues somos absolutamente conscientes de que la validez de nuestra propuesta estará íntimamente condicionada a los adelantos que estas ciencias hayan experimentado los últimos lustros.

Por añadidura conviene recordar, como indicábamos en el capítulo introductorio de esta investigación, que a pesar de que la doctrina jurídico-penal ha reconocido en diversas ocasiones que el tema del tratamiento penal que el Estado de Derecho debe articular para responder a esta clase de delincuentes constituye una de las más importantes cuestiones de la política-criminal contemporánea¹⁷³, llama poderosamente la atención el hecho de que

¹⁷¹ Por todos, URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, ob. cit., pp. 251 y ss.

¹⁷² Por todos, CEREZO MIR, José “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal” en *Revista Penal*, ob. cit., pp. 17 y 18

¹⁷³ Véase, por ejemplo, Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 69; Mercedes ALONSO ÁLAMO, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO /

nuestros juristas casi no se hayan preocupado por el estudio del sujeto imputable peligroso mismo, así como por el estado de la ciencia en relación con los últimos avances en materia del pronóstico de peligrosidad. Como sabemos, en última instancia, la crítica mejor fundamentada que tuvieron quienes defienden la idea de que el Derecho Penal no debe responder a estos delincuentes mediante la agravación de las consecuencias jurídicas del delito, estuvo basada en la idea de que la Psicología aún no cuenta con el desarrollo necesario para determinar y cuantificar, con alto grado de fiabilidad y certeza, la peligrosidad que pueda portar un delincuente concreto. Analicemos, pues, estas y otras cuestiones.

II. LOS SUJETOS IMPUTABLES PELIGROSOS

A lo largo de los párrafos precedentes hemos descrito los aspectos más relevantes de los presupuestos y condiciones que fundamentan el tratamiento penal dispensado a las personas que, al momento de cometer una acción típica y antijurídica, hayan visto condicionado su comportamiento por la concurrencia de ciertas anomalías o alteraciones psíquicas, de la consciencia o de la percepción que permitan la exclusión o disminución de su imputabilidad penal.

Como sabemos, la doctrina comenzó a discutir estas cuestiones desde que, a raíz del planteamiento positivista, se recogieron en los códigos penales las medidas de seguridad y reinserción social. En este sentido, conviene recordar que, en un primer momento, estas —nuevas— consecuencias jurídicas del delito estuvieron destinadas exclusivamente al tratamiento de las

personas completamente inimputables, en vista de que sólo a finales del siglo XIX la Psicología y Psiquiatría reconocieron la existencia de los llamados semiimputables. Como fuere, la moderna ciencia del Derecho Penal lleva discutiendo ya más de un siglo tanto la cuestión del tratamiento penal para los sujetos inimputables criminalmente peligrosos, como para los semiimputables —que también sean peligrosos—, por lo que a la fecha se ha alcanzado un alto grado de desarrollo, consenso y producción doctrinal en relación con el tratamiento penal que el Estado de Derecho debe dispensar a esta clase de ciudadanos.

Una situación distinta, sin embargo, ha sido la vivida en torno a la polémica relacionada con el tratamiento penal que el Estado debe disponer para el delincuente imputable peligroso. En este sentido, fue sólo a partir de la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo pasado, cuando la doctrina —al menos la española— se comenzó a preocupar por los problemas que presenta la comprobación de la existencia de peligrosidad criminal en un sujeto plenamente imputable¹⁷⁴.

En efecto, el debate —al menos, en términos modernos¹⁷⁵— en relación con el delincuente imputable peligroso podría calificarse como la más reciente reyerta derivada de la teorización y positivización de las medidas de seguridad y reinserción social pues, como vimos, la polémica únicamente se inició hace poco más de dos décadas. Es bastante probable que debido a esta razón la

¹⁷⁴ Según nos consta, pionero en plantear el problema fue el Prof. ROMEO CASABONA (recuérdese que la obra *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo* fue publicada en 1986). Sin embargo, conviene anotar que, desde entonces, la doctrina ha abordado el problema en muy contadas ocasiones, dada la preferencia, de añejo cuño, por el debate en torno a los problemas que plantean las medidas de seguridad aplicadas a personas inimputables y, principalmente, semiimputables.

¹⁷⁵ Esto es, desde la perspectiva del derecho de medidas.

doctrina contemporánea no disponga de un marco conceptual —tan desarrollado como el que se ha estructurado para tratar los casos de inimputabilidad e imputabilidad disminuida— que circunscriba el tema materia de análisis, es decir, que establezca las bases teóricas de lo que debe entenderse cuando se utiliza el término *delincuente imputable peligroso* por lo que, a la fecha, dicha expresión suele confundirse con mucha facilidad con otras categorías que presentan particularidades distintas y específicas —tales como la de los delincuentes habituales y la de los reincidentes o multireincidentes¹⁷⁶—.

Por esta razón, en las líneas siguientes intentaremos presentar el marco conceptual requerido para la búsqueda de las respuestas penales más satisfactorias para el tratamiento del delincuente imputable peligroso.

2.1. Concepto

El *sujeto imputable criminalmente peligroso* es aquella persona que goza de plena capacidad de culpabilidad y en la que, por añadidura, se aprecia la probabilidad de que realice, en el futuro, una acción constitutiva de delito¹⁷⁷. Nos encontramos, pues, ante un concepto jurídico-criminológico, en la medida en que:

¹⁷⁶ HALSEY, Mark, “Assembling Recidivism: The promise and Contingencies of Post-Release Life”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 97, Núm. 4, Northwestern University School of Law, Chicago, 2007, pp. 1209 y ss.

¹⁷⁷ Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., pp. 64 y 65.

a) el primero de sus caracteres (esto es, la noción de *culpabilidad* y, por ende, la de *imputabilidad*) no es sino una institución jurídico-penal cuyos parámetros de medición han sido establecidos por la norma penal, y

b) la segunda de sus características (es decir, la *peligrosidad criminal*) es determinada por el Juez o Tribunal en función a ciertos datos de carácter puramente criminológico (juicio de peligrosidad).

2.2. Características

Por lo dicho hasta aquí, no cabe duda que cobra importancia realizar algunas precisiones respecto de las dos características jurídico-criminológicas del sujeto materia de estudio:

2.2.1. Imputabilidad

Como es sabido, en términos generales, la doctrina mayoritaria es unánime al afirmar que la imputabilidad de una persona que haya cometido una acción típica y antijurídica queda acreditada desde el momento en el que se determina que al agente que cometió dicha acción puede reprochársele el hecho de que su conducta se haya desarrollado en contra de lo establecido por el ordenamiento jurídico dado que, efectivamente, pudo obrar de otro modo — esto es, de un modo que, al no infringir la norma de determinación, vaya de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico¹⁷⁸—.

¹⁷⁸ Cfr. Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Tercera Edición, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 961 y ss.; José CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito/2*, ob. cit., pp. 15, 16 y 50. Véase, también, Asier URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los*

De esta forma, consecuencia de la comprobación de que un sujeto gozaba de plena capacidad de autodeterminación al momento de cometer un injusto penal, es la determinación de la medida de la pena, precisamente, en función de los límites de la culpabilidad por el hecho cometido¹⁷⁹. Esta exigencia, como sabemos, no es sino una condición a cumplir con miras a garantizar el efectivo respeto del principio de culpabilidad que, conviene recordar, establece el criterio —de obligatorio cumplimiento— de que no hay pena sin culpabilidad y de que, en caso de que se comprobase la existencia de ésta, la pena no podría rebasar, de ninguna forma, su medida¹⁸⁰.

Ahora bien, a pesar de lo dicho hasta ahora, parece que la cuestión de la determinación de la imputabilidad de los delincuentes habituales¹⁸¹ de peligrosidad tanto grave como leve, reviste un nivel de dificultad aun mayor que el que se presenta en relación con el juicio de inimputabilidad o semiimputabilidad e, incluso, que el que requeriría el juicio de imputabilidad de un delincuente no peligroso —es decir, ocasional—. En este sentido, la constatación de que un sujeto determinado tenga, efectivamente, el hábito o la

modernos avances en Psiquiatría y Genética, ob. cit., p. 134; el mismo, “Modernas aportaciones al debate en torno a la fundamentación material de la culpabilidad”, ob. cit., p. 131.

¹⁷⁹ Así, Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., pp. 64 y 65.

¹⁸⁰ Sobre el principio de culpabilidad y, en especial sobre la conveniencia de su positivización en la legislación penal española, véanse las posturas de Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, ob. cit., pp. 962 y 963; y de José CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito/2*, ob. cit., pp. 16 y ss.

¹⁸¹ Nótese que con la referencia a la habitualidad no pretendemos determinar la capacidad de culpabilidad de un sujeto determinado, pues como veremos un *delincuente habitual peligroso*, no necesariamente será *imputable*.

tendencia a delinquir, podría dar pie a que se sostenga que existe un alto porcentaje de probabilidades de que el agente sea inimputable o, al menos, semiimputable¹⁸².

En relación con ello, si bien esta afirmación, en principio, no constituye sino una mera presunción, lo cierto es que desvela la necesidad de que el juicio de imputabilidad se desarrolle adoptando todas las precauciones necesarias para poder comprobar o, en su caso, descartar con suma certeza la concurrencia de alguna causa de inimputabilidad que pueda excluir o al menos disminuir penalmente la capacidad de culpabilidad de un individuo concreto¹⁸³.

Así, presenta cierta problemática el caso de las personas que padezcan una levísima oligofrenia (debilidad mental¹⁸⁴) en vista de que la

¹⁸² Adrian RAINE / José SANMARTÍN, *Violencia y psicopatía*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2000, pp. 33 – 35; David MCCALLUM, *Personality and dangerousness, Genealogies of antisocial personality disorder*, Cambridge University Press, 2001, pp. 58 y ss.

¹⁸³ José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1, UNED, Madrid, 2009, p. 207

¹⁸⁴ El Tribunal Supremo ha indicado que los débiles mentales (en ocasiones llamados *torpes*) poseen un coeficiente intelectual superior al 70% de lo que se considere término medio en ese momento (véase la STS de 4 de marzo de 1999). Conviene poner de manifiesto que la clasificación de las oligofrenias realizada en atención al coeficiente intelectual de los pacientes, parece no ser congruente con los pilares fundamentales del concepto de inimputabilidad, pues, recordemos, dada su naturaleza normativa, esta ha de medirse en atención de la incidencia de las anomalías psíquicas en la conducta del agente. Creemos, pues, que una clasificación de las oligofrenias, respetuosa con los parámetros que orientativos de la inimputabilidad tendría que estructurarse en función de la conducta adaptativa del sujeto como consecuencia del déficit de la capacidad intelectual del sujeto. En esta misma línea, Julio LEAL MEDINA, *Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los Interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal*, ob. cit., pp. 318 y 319.

jurisprudencia¹⁸⁵ les viene atribuyendo plena capacidad de culpabilidad a pesar de que podrían darse casos en los que se aprecie la existencia de ciertas carencias en la conducta adaptativa del sujeto como consecuencia del déficit de la capacidad intelectual del sujeto. Sin embargo, sin duda, revisten mayor preocupación —por constituir una temática estrechamente vinculada con nuestro objeto de investigación— las conductas que posiblemente puedan hallar su origen en los condicionamientos derivados del padecimiento de algún *trastorno de la personalidad* —denominados tradicionalmente psicopatías¹⁸⁶—

¹⁸⁵ Cfr. por todas, la STS 411/2002, de 8 de marzo (ponente Joaquín Delgado García) y la STS 609/2003, de 5 de mayo (ponente Joaquín Delgado García).

La primera señala que “La doctrina de esta sala, afianzada en los últimos años (sentencias de 20-5-1988 [RJ 1988, 3826], 5-10-1989 (RJ 1989, 7612), 4-12-1989 [RJ 1989, 9416], 14-10-1994, 30-11-1996 [RJ 1996, 9772], 31-7-1998 (RJ 1998, 6572), 31-1-2000 (RJ 2000, 185), 21-9-2000 [RJ 2000, 8065] y 6-4-2001 [RJ 2001, 2024], entre otras muchas) viene reconociendo una eficacia distinta a las oligofrenias según su grado o profundidad: exención de responsabilidad en casos de cocientes intelectuales muy bajos (inferior al 25%), eximente incompleta en casos menos severos (del 25 al 50%) y sólo atenuante analógica (ente el 50 y el 70%), de modo que por encima de este límite (70%) nos encontramos ya en casos que se vienen considerando como de normalidad intelectual y, por consiguiente, de responsabilidad penal plena. Con la salvedad de que la concurrencia de la oligofrenia con alguna otra anomalía psíquica puede potenciar la eficacia atenuante de esta enfermedad mental”.

A su turno, la segunda indica que “[...] aunque tal porcentaje de cociente intelectual (70,8%, folio 143) hubiera quedado acreditado, habría sido insuficiente para incidir en el pronunciamiento condenatorio aquí recurrido por la reiterada doctrina de esta sala que, a partir precisamente del 70% lo considera irrelevante a los efectos no ya de constituir la eximente incompleta aquí pretendida, sino también para integrar una circunstancia atenuante analógica. Véanse en este punto las sentencias de esta sala de 31-7-98 (RJ 1998, 6572), 31-1-2000 (RJ 2000, 185), 6-4-2001 (RJ 2001, 2024) y 24-10-2001 (RJ 2002, 1977)”.

¹⁸⁶ Fundamental, Asier URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en*

. En efecto, dado que en la actualidad ha quedado superada la idea de que este tipo de trastornos son irrelevantes para la elaboración del juicio de imputabilidad penal¹⁸⁷, tanto la doctrina¹⁸⁸ como la jurisprudencia¹⁸⁹ vienen insistiendo en la idea de que en los casos más graves de trastornos de la personalidad se puede apreciar una seria incidencia sobre la capacidad volitiva del agente, por lo que habría que reconocer judicialmente la inimputabilidad plena de éste último.

En este sentido, se presenta especialmente problemática la cuestión del juicio de imputabilidad realizado sobre las capacidades de un sujeto que adolezca de alguno de los trastornos de la inclinación sexual relevantes para el

Psiquiatría y Genética, ob. cit., pp. 315-332. Véase también Julio LEAL MEDINA, *Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los Interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal*, ob. cit., pp. 327-333; Enrique ESBE, “Violencia y trastorno mental”, en *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 88 – 97.

¹⁸⁷ Así, por ejemplo, con base en el artículo 8, 1.º del antiguo Código Penal que mencionaba exclusivamente al enajenado, Luis GARRIDO GUZMÁN, “El tratamiento de psicópatas y los establecimientos de terapia social”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al profesor Beristain*, José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI / Iñaki DENDALUZE / Enrique ECHEBURÚA (Comps.), Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 1052. En relación con la jurisprudencia de aquella época, también mantuvieron esta postura las SSTS RJ 2312/1984, de 4 de abril y la RJ 3005/1985, de 13 de junio de 1984). No obstante también hubo quien vio en ellas una atenuante analógica de enajenación mental (véase, entre otras, la STS RJ1627/1985, de 12 de marzo y la STS RJ2035/1985, de 27 de marzo).

¹⁸⁸ Cfr. por todos, Asier URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en Psiquiatría y Genética*, ob. cit., pp. 323 y ss.

¹⁸⁹ Sin duda, sentó precedente la STS RJ1341/1988, de 29 de febrero, pues en ella se optaba en estos casos por la apreciación de una eximente incompleta.

Derecho Penal¹⁹⁰. Como es sabido, ciertas parafilias como el exhibicionismo, el voyeurismo, el sadomasoquismo o, finalmente, la paidofilia, pueden dar lugar a la configuración de diversas figuras delictivas en función a los bienes jurídicos lesionados por dichos comportamientos¹⁹¹. No cabe duda que en los supuestos en los que alguno de estos trastornos consiga anular la capacidad volitiva del agente (especialmente en los casos de exhibicionismo, voyeurismo

¹⁹⁰ Adrian RAINE / José SANMARTÍN, *Violencia y psicopatía*, ob. cit., p. 34; David MCCALLUM, *Personality and dangerousness, Genealogies of antisocial personality disorder*, ob. cit., pp. 58 y ss. Irrelevantes para nuestra área serían el transexualismo y el fetichismo, en la medida en que, en principio, no lesionan ni ponen en peligro de lesión ningún bien jurídico penalmente tutelado. Todas ellas, como señala URRUELA MORA, no serían sino “legítimas opciones personales respecto de la propia orientación sexual”. Véase, Asier URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en Psiquiatría y Genética*, ob. cit., p. 329.

¹⁹¹ En efecto el *exhibicionismo* se encuentra tipificado en el artículo 185 CP (“El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”).

De otro lado, el *voyeurismo* podría dar lugar a la comisión del delito tipificado en el artículo 197, 1.º CP (“El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”).

Por su parte, el *sadomasoquismo* y la *paidofilia* podrían configurar ciertos delitos de especial gravedad, tales como las agresiones, abusos y acoso sexuales, tipificados en los artículos 178 a 184 del CP, así como el delito de lesiones (artículos 147 y ss.). Véase, Enrique ESBEK, “Violencia y trastorno mental”, ob. cit., pp. 109 – 115; Vicente GARRIDO, *Psicópatas y otros delincuentes violentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 203 y ss.

y sadomasoquismo) podría discutirse si procede la exención plena de responsabilidad penal en vista de la inexistencia de la capacidad de culpabilidad del sujeto¹⁹².

No obstante la doctrina es unánime al indicar que los sujetos afectos de paidofilia¹⁹³ difícilmente podrán incurrir en una causa de inimputabilidad completa dado que la consumación de alguno de los delitos contra la libertad sexual de las víctimas no es fruto del impulso incontrolable de carácter inmediato, sino más bien de una estrategia criminal cuidadosamente diseñada para la consumación del acto (en efecto, el pedófilo ejecuta su plan por partes: selección de la víctima, ganarse la confianza de esta o de sus padres y, finalmente, preparar un encuentro a solas)¹⁹⁴. Por ello, como señala URRUELA MORA, “resulta totalmente excepcional que el impulso condicione todo el tracto temporal descrito, por lo que normalmente procederá una mera disminución de la responsabilidad por vía de la atenuante analógica (cuando la afección de la capacidad haya existido pero resulte mínima), o por la de la eximente incompleta (mayor intensidad del trastorno sobre el actuar del sujeto, sin llegar a anular su imputabilidad)¹⁹⁵”

Por todo lo indicado hasta el momento, podemos deducir que la evaluación de la imputabilidad de un sujeto concreto podría arrojar como

¹⁹² Así se ha manifestado, por ejemplo, Asier URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en Psiquiatría y Genética*, ob. cit., pp. 330-331.

¹⁹³ Según la RAE “atracción erótica o sexual que una persona adulta siente hacia niños o adolescentes”.

¹⁹⁴ Vicente GARRIDO, *Psicópatas y otros delincuentes violentos*, ob. cit., pp. 228 - 238.

¹⁹⁵ Asier URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en Psiquiatría y Genética*, ob. cit., p. 332.

resultado la comprobación de que aquél gozaba del nivel de desarrollo o madurez de la personalidad necesario para que las particulares condiciones biopsíquicas en las que se encontraba le permitan conocer la ilicitud de sus acciones y obrar conforme a dicho conocimiento, a pesar de que en algunos supuestos (por ejemplo en el caso de las paidofilias) dicho sujeto pueda presentar alguna anomalía psíquica o trastorno de la personalidad que, en otras circunstancias, fundamente la aplicación de una eximente (completa o incompleta). En este sentido, el hecho de que alguna de estas afecciones no sirva de base para fundamentar la aplicación de una eximente completa o incompleta de la culpabilidad tendrá que evaluarse en función de si dicha anomalía o trastorno redujo o anuló el ámbito de autodeterminación del sujeto que la padece¹⁹⁶.

Finalmente, cabe poner de manifiesto que, una vez que se haya determinado la plena capacidad de culpabilidad de un sujeto (bien por haberse descartado la aplicación de una eximente fundada en una anomalía o trastorno existente —debido, como vimos en el párrafo anterior, a su falta de relación con el hecho—, o bien por comprobarse la inexistencia de alguna anomalía o alteración que pueda dar pie a su evaluación como causa de inimputabilidad), el Juez —o el Tribunal— tendrá que determinar la medida de la pena precisamente en función de los límites de la culpabilidad por el hecho cometido y siempre teniendo en cuenta la vida anterior y la personalidad concreta del agente, dado que forma parte de la circunstancia en la que actuó.

¹⁹⁶ Adrian RAINE / José SANMARTÍN, *Violencia y psicopatía*, ob. cit., pp. 33 – 35; David MCCALLUM, *Personality and dangerousness, Genealogies of antisocial personality disorder*, ob. cit., pp. 58 y ss; Enrique ESBEC, “Violencia y trastorno mental”, en *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 146.

En este sentido, y en vista de que adoptamos el concepto de culpabilidad por el hecho, los datos extraídos del análisis de la vida anterior y personalidad del sujeto tendrán la exclusiva función de señalar el catálogo de posibles conductas que éste tenía a su disposición al momento de cometer la acción por la que se le juzga.

De ninguna forma tendrá que reprocharse *lo que el sujeto es* (recuérdese que culpabilidad por conducta de vida constituye una clara manifestación del Derecho Penal de autor) sino, únicamente, *lo que hizo* en función de su vida anterior y personalidad (medio social del cual procede, nivel de educación que recibió, posibles traumas psicológicos por haber sido víctima de algún tipo de abuso, etc.)¹⁹⁷ a efectos de poder apreciar alguna circunstancia que atenúe la responsabilidad penal (v. gr. la comisión de una agresión sexual le será menos reprochable a un sujeto que desde su infancia haya sido víctima de esta clase de delitos —y que por ello haya adquirido el hábito de actuar de esa manera— que a un sujeto que buenamente un día decide cometer el mismo delito con el afán de probar algo nuevo).

2.2.2. Peligrosidad

No cabe duda, y la doctrina mayoritaria así lo ha sostenido, que un delincuente con capacidad de culpabilidad plena puede, al mismo tiempo, ser portador de peligrosidad criminal¹⁹⁸. No obstante, estos supuestos parecen ser

¹⁹⁷ A estas circunstancias personales se remite el artículo 66, 1.º del CP.

¹⁹⁸ Véase, entre otros, Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 69; Mercedes ALONSO ÁLAMO, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO /

excepcionales pues, de hecho, la mayoría de la población de delincuentes está conformada por los llamados *delincuentes ocasionales*. En efecto, a diferencia de los primeros, se puede afirmar que los ocasionales no representan un riesgo grave para la sociedad —aún a pesar de la gravedad del delito cometido— pues son sujetos, adaptados a las normas básicas de convivencia de la comunidad, que cayeron en el delito por circunstancias excepcionalmente favorables —tentadoras— u otras situaciones extraordinarias —autores de oportunidad¹⁹⁹ y conflicto—²⁰⁰. Como sabemos, frente a esta clase de delincuentes, en honor al principio de culpabilidad, sólo cabría responder a través de la imposición de una pena ajustada a la medida de su culpabilidad²⁰¹.

No obstante, existen algunos casos en los que el agente, además de ser plenamente imputable, es portador de peligrosidad. Este es el caso de los llamados delincuentes de estado o condición²⁰² pues como acabamos de indicar, pueden ser —y, de hecho, con mucha frecuencia son— portadores de

Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 55 y 56; Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., pp. 65 y s.

¹⁹⁹ En relación con los delincuentes sexuales, Vicente GARRIDO sostiene que no siempre ha de esperarse la recaída en el delito pues “hay delincuentes comunes que, de vez en cuando, aprovechan ‘una oportunidad’ de su quehacer delictivo para cometer una violación”. Cfr. Vicente GARRIDO, *Psicópatas y otros delincuentes violentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 204.

²⁰⁰ Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., p. 65.

²⁰¹ Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, ob. cit., pp. 958 y 961.

²⁰² Que, como señala CEREZO, se diferencian de los delincuentes ocasionales por su origen, carácter y condiciones de vida. Véase, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 38.

una clara y grave peligrosidad criminal, por lo que, en principio, podría justificarse la aplicación de una medida de seguridad ajustada a la peligrosidad del agente.

Sin embargo, conviene poner de manifiesto que, al menos hasta el momento, la doctrina no se ha manifestado de forma unánime en relación con el debate en torno a la conveniencia y, principalmente, viabilidad dogmática, de la aplicación del derecho de medidas a delincuentes peligrosos plenamente imputables. No nos detendremos, por ahora, en el análisis de esta cuestión, en vista de que hemos consagrado un apartado especial de esta investigación para el estudio de dicha cuestión [vid. *infra* Capítulo V].

En cualquier caso, el análisis criminológico de los delincuentes imputables de estado o condición reviste especial interés en la medida que:

a) su personalidad, con frecuencia, es fruto del padecimiento de ciertas circunstancias que, de una u otra forma, alteraron el normal desarrollo de su carácter²⁰³ (sin llegar, claro está, a reducir o excluir su imputabilidad) y, por otra parte, de que

²⁰³ En relación con los delincuentes de estado o condición, ROMEO CASABONA señala que “En su familia se encuentran con frecuencia graves alteraciones del carácter y antecedentes delictivos. Ellos mismos suelen padecer también alteraciones en su carácter, como insensibilidad o inestabilidad. Su educación familiar es deficiente, fracasan en la escuela, que abandonan tempranamente, así como cualquier aprendizaje profesional, y carecen de vínculos con la familia, la profesión y con valores de referencia. Su iniciación al delito se produce a edad temprana y desemboca en una cadena ininterrumpida de delitos. De ahí su peligrosidad criminal y que se preconice la necesidad de completar —o sustituir, en su caso— la pena (particularmente cuando la naturaleza de ésta o su duración no permiten satisfacer los objetivos de prevención especial) con medidas de seguridad”. Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., p. 66. También, David MCCALLUM, *Personality and dangerousness, Genealogies of antisocial personality disorder*, ob. cit., p. 1 05; Enrique ESBEC,

b) dichas alteraciones podrían ser síntomas —no determinantes— de la peligrosidad criminal que dicho sujeto porta.

En relación con esta clase de infractores, la doctrina suele distinguir entre:

a) Delincuentes imputables de peligrosidad grave (delincuentes sexuales, asesinos en serie),

b) Delincuentes imputables de peligrosidad leve (carteristas, timadores, etc.),

c) Delincuentes profesionales (esto es, los que hacen del delito un medio de vida —delincuentes “de cuello blanco”—) y, finalmente,

d) Delincuentes por convicción o conciencia (con la gama de delitos que van desde la simple —y cuestionada— ocupación de vivienda desocupada, hasta la ejecución de acciones terroristas)²⁰⁴.

En este sentido, a pesar de que existe una gran variedad de categorías de delincuentes imputables peligrosos, lo cierto es que la doctrina contemporánea ha prestado mayor atención al problema de los sujetos portadores de peligrosidad especialmente grave (v. gr. delincuentes sexuales y

“Violencia y trastorno mental”, en *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 88 y ss.; Adrian RAINE / José SANMARTÍN, *Violencia y psicopatía*, ob. cit., pp. 125 - 127; Julio LEAL MEDINA, *Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los Interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal*, ob. cit., pp. 327-333; Vicente GARRIDO, *Psicópatas y otros delincuentes violentos*, ob. cit., p. 58.

²⁰⁴ Cfr. Gustav RADBRUCH, “El delincuente por convicción”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07 -r4, 2005, pp. r4:1 y ss.; también, Joan BAUCCELLS I LLADÓS, *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pp. 56 y ss.

asesinos en serie), en vista de que la capital importancia de los bienes jurídicos en juego. De esta forma, todo parece indicar que el recurso al derecho de medidas en los casos de criminalidad grave es, claramente, una de las soluciones que debe ser tenida en cuenta al momento de abordar la cuestión pues, no cabe duda que las medidas de seguridad pueden efectivamente coadyuvar a la materialización de la función primaria del Derecho Penal (protección de los bienes jurídicos más valiosos).

2.3. Distinción con otras categorías de delincuentes

La doctrina que se ha ocupado del análisis de esta cuestión, con frecuencia suele hacer uso de diversos términos para referirse al sujeto imputable peligroso (delincuente habitual, delincuente reincidente, multirreincidente, plurirreincidente). Sin embargo, y a pesar que estas categorías ostentan un interés especial para otras cuestiones relacionadas con el tratamiento penal de la recaída en el delito, existen ciertas particularidades que, en principio, desaconsejarían la utilización de estas denominaciones para hacer referencia a los sujetos materia de estudio. Veamos, pues, por qué.

2.3.1. El delincuente habitual

Con frecuencia la doctrina ha recurrido a la noción de habitualidad para la elaboración de una denominación que describa al sujeto de nuestro estudio. En este sentido, una buena parte de la literatura hace referencia a los términos “habituales”, “delincuente habitual”, así como “delincuente habitual peligroso” para referirse a los sujetos imputables portadores de peligrosidad

criminal²⁰⁵; sin embargo, como veremos a continuación, los términos que tienen como base esta idea de habitualidad difícilmente podrían prestarse para circunscribir, de forma coherente, las características —ya analizadas— del delincuente imputable peligroso.

En efecto, si partimos de la idea de que un delincuente habitual es, como sostiene CEREZO, aquella persona en la que “por la comisión reiterada de hechos delictivos se ha creado un hábito de delinquir”²⁰⁶, podemos efectivamente deducir que serían dos los elementos que, de concurrir en un sujeto, configurarían esta categoría criminal:

²⁰⁵ Entre otros, Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y Reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Directores), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 69 y ss.; Mercedes ALONSO ÁLAMO, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 55 y ss.; José CEREZO MIR, “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*, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pp. 249 y ss.; Ángel José SANZ MORÁN, “El tratamiento del delincuente habitual”, en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, num. 4, 2007, pp. 1 y ss. [www.politicacriminal.cl]; el mismo, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Francisco BUENO ARÚS / Helmut KURY / Luis RODRÍGUEZ RAMOS / Eugenio Raúl ZAFFARONI (Dirs.), Dykinson, 2006, pp. 1085 y ss.

²⁰⁶ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., p. 172. Siguen esta definición Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y Reincidentes”, ob. cit., p. 70 y Mercedes ALONSO ÁLAMO, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., p. 68.

a) una multiplicidad de acciones delictivas (elemento objetivo) y

b) la posesión, por parte del sujeto que las comete, de una especial propensión a delinquir (elemento subjetivo)²⁰⁷.

Nos encontramos, pues, ante una institución de naturaleza netamente criminológica, dado que su configuración —desde el momento en que incorpora un requisito subjetivo únicamente apreciable y cuantificable desde la perspectiva de la criminología— no está supeditada a regulación jurídica alguna. En relación con este punto, conviene poner de manifiesto que la introducción en el ordenamiento jurídico del requisito objetivo de la preexistencia de una pluralidad de acciones delictivas para la configuración de la habitualidad criminal (es decir, la exigencia de que, para la apreciación del hábito de delinquir, sea necesaria la comisión de tres o más delitos²⁰⁸), no es sino una herramienta establecida con el único fin de delimitar, por razones de seguridad jurídica, el alcance de la noción de habitualidad.

Por otra parte, conviene recordar que la habitualidad no es sinónimo de reincidencia. En efecto, mientras que aquella, como indicábamos, es una institución criminológica, ésta es, mas bien, una institución de carácter jurídico caracterizada por la constatación de la existencia de una (o varias) condena(s) previa(s). No obstante para apreciar la habitualidad el legislador ha introducido, además del requisito de la multiplicidad de acciones delictivas, la exigencia de que el reo haya sido condenado por los delitos anteriores,

²⁰⁷ Así, Mercedes ALONSO ÁLAMO, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., pp. 68 y 69.

²⁰⁸ El artículo 94 del CP dispone: “A los efectos previstos en la sección II de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”.

desconociéndose la verdadera naturaleza de esta figura, en la medida en que mediante esta fórmula se da prevalencia a la existencia de las condenas anteriores en detrimento del elemento subjetivo (fundamental) de la habitualidad (es decir, la posesión del hábito de delinquir)²⁰⁹.

Por estas razones creemos que la definición de habitualidad criminal que debería adoptar el legislador penal tendría que ser la siguiente: “A los efectos de este Código se consideran reos habituales los que hubiesen cometido tres o más delitos dolosos que hagan presumible su inclinación a delinquir según declaración expresa del Juez o Tribunal, previos los informes que estimare convenientes”²¹⁰.

Ahora bien, en relación con la confusión existente entre las categorías de *delincuentes imputables peligrosos* y la de *delincuentes habituales*, creemos necesario precisar dos cuestiones:

a) No cabe duda que la habitualidad criminal puede ser un indicio de que determinado sujeto es, además de habitual, portador de peligrosidad; pero no debemos olvidar que este dato no garantiza, en modo alguno, que el sujeto sea, efectivamente, peligroso (piénsese por ejemplo, en el delincuente

²⁰⁹ Puede encontrarse un análisis sobre otros problemas derivados del deficiente concepto de habitualidad criminal recogido en el CP, en José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., pp. 172 y ss.

²¹⁰ Proponemos esta definición tomando como base la propuesta que en su momento hiciera el Prof. CEREZO “A los efectos de este Código se consideran habituales los que hubiesen sido condenados por tres o más delitos dolosos graves, que no habiendo sido cancelados registralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir según declaración expresa del Tribunal, previos los informes que estimare convenientes”; véase, José CEREZO MIR, *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*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, p. 252.

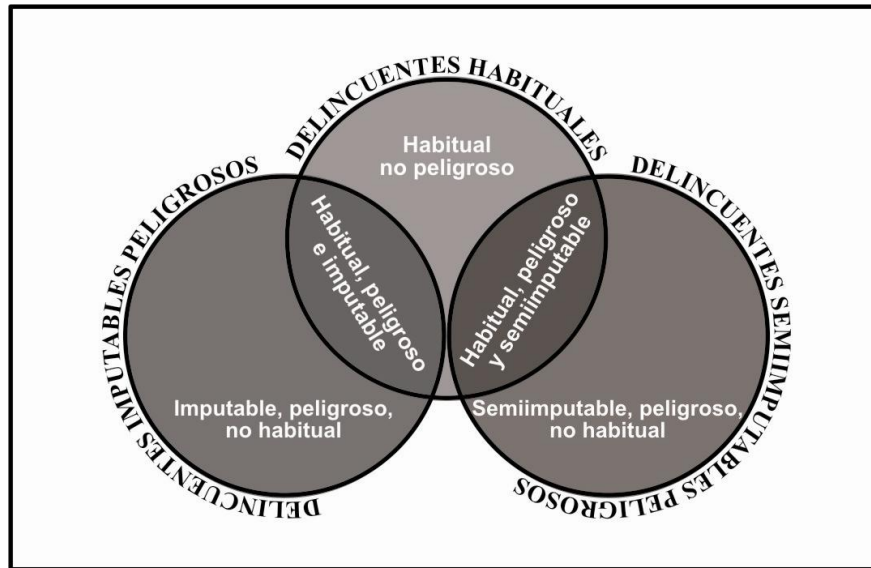
profesional que gana la lotería y decide abandonar su carrera delictiva). Para probar o descartar esta circunstancia el Juez o Tribunal tendrá que elaborar el respectivo juicio de peligrosidad —que ha de apoyarse principalmente en los peritajes psicológicos y/o psiquiátricos correspondientes—, teniendo en cuenta a la habitualidad únicamente como indicio y jamás como elemento decisivo. Dependerá, pues, del resultado de esta evaluación el hecho de que un delincuente habitual pueda ser considerada como una persona criminalmente peligrosa (lo cual, como vimos, es tan probable, como improbable).

b) Otra cuestión a tener en cuenta en relación con el tema, es la de que el concepto de habitualidad criminal no excluye a los sujetos semiimputables²¹¹ por lo que la regulación da cabida a que se incluyan dentro de esta categoría los delincuentes habituales con capacidad de culpabilidad disminuida. Por esta razón, parece que el recurso al uso del término “delincuentes habituales” (por más que se le agregue el adjetivo “peligrosos”²¹²) para referirse a los delincuentes imputables portadores de peligrosidad criminal sería del todo equívoca, en la medida que tendrían también cabida algunas personas no imputables o, al menos, semiimputables.

En los cuadros siguientes podremos matizar las formas en las cuales pueden solaparse las distintas categorías mencionadas:

²¹¹ Ni tampoco a los imputables, aunque se presume que éstos estarían excluidos dado que el artículo 94 es de aplicación para el tema de la sustitución de las penas privativas de libertad. Sin embargo, al parecer este hecho entraría en conflicto con la verdadera naturaleza de la habitualidad que, como sabemos, está relacionada únicamente con la posesión del hábito de delinquir (el cual puede caracterizar tanto a sujetos imputables como a los plenamente inimputables).

²¹² Como lo hace José SANZ MORÁN, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, ob. cit., pp. 1085 y ss.



Otra forma de explicar la distinción entre ambas categorías sería la siguiente:

DELINCUENTE HABITUAL	DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO
Habitual no peligroso	
Habitual, peligroso e imputable	Habitual, peligroso e imputable
Habitual, peligroso e inimputable (o, al menos, semiimputable)	
	No habitual, peligroso e imputable

2.3.2. Reincidentes

En términos generales, la doctrina elaborada en los campos de la Psicología y la Psiquiatría es sumamente propensa a confundir el significado del término “delincuente imputable peligroso” con el de “reincidente”²¹³. En efecto, no son pocas las contribuciones avocadas al estudio de los mecanismos que permitan tanto la predicción del riesgo de reincidencia en ciertos tipos de delincuentes (sexuales, juveniles, etc.), como el tratamiento y reinserción efectiva de los mismos.

En este sentido, conviene poner de manifiesto que tal concepción solo sería defendible si partiésemos de la idea de que todo reincidente es un sujeto criminalmente peligroso. Sin embargo, queda claro que tal concepción trastocaría, *ab initio*, el significado y fundamento que, de forma más o menos pacífica, se ha venido atribuyendo a la polémica agravante de la reincidencia.

²¹³ Cfr. Meritxell PÉREZ RAMÍREZ / Santiago REDONDO ILLESCAS / Marian MARTÍNEZ GARCÍA / Carlos GARCÍA FORERO / Antonio ANDRÉS PUEYO, “Predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales”, en *Psicothema*, vol. 20, núm. 2, 2008, pp. 205-210 [www.psicothema.com]; María José BENEYTO ARROJO / Vicente Javier GARRIDO GENOVÉS, “La valoración psicológica de los agresores sexuales: los delitos, la reincidencia y el tratamiento”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 7, Ejemplar dedicado a los delitos contra la libertad sexual, Gregorio ÁLVAREZ ÁLVAREZ (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 451 – 502; Santiago REDONDO ILLESCAS / Meritxell PÉREZ / Marian MARTÍNEZ, “El riesgo de reincidencia en agresiones sexuales: investigación básica y valoración mediante el SVR-20”, en *Papeles del psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 28, núm. 3, Madrid, 2007 pp. 187 – 195; Eulalia LUQUE / Juan Carlos NAVARRO / Marian MARTÍNEZ / Santiago REDONDO, “Análisis empírico de las características y los factores de riesgo de reincidencia en una muestra de agresores sexuales encarcelados”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 15, Madrid, 2005, pp. 135 – 155; HALSEY, Mark, “Assembling Recidivism: The promise and Contingencies of Post-Release Life”, *op. cit.*, pp. 1209 y ss.

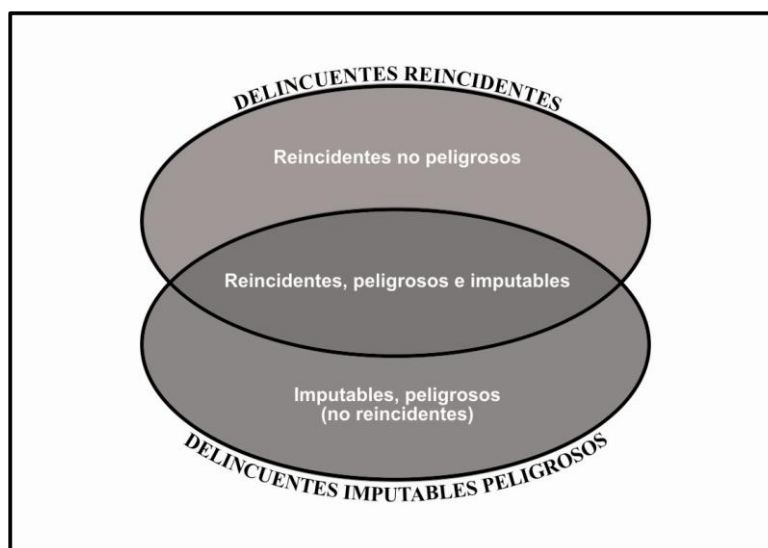
Así, dado que dicha agravante es una institución netamente jurídica — en vista que a través de ella se habilita el incremento de la pena en razón, se dice, de la mayor culpabilidad del agente²¹⁴— queda claro que reincidente es aquel sujeto al que se le impondrá una sanción penal calificada por haber cometido nuevamente un delito de la misma naturaleza, y que esté comprendido en el mismo Título del Código Penal, que otro por el que fue ejecutoriamente condenado con anterioridad²¹⁵.

Como se puede ver, la noción de reincidencia (que por su naturaleza solo podría ser aplicada a sujetos imputables) no da cabida a que se evalúe o tenga en cuenta la peligrosidad criminal del agente, pues aquella puede perfectamente configurarse con o sin la concurrencia de ésta última —como dijimos, basta la comprobación de que el sujeto ha sido condenado anteriormente por la comisión de un delito específico—. Teniendo en cuenta esta precisión, podemos afirmar que, por un lado, dado que la reincidencia constituye solo un indicio de la peligrosidad, un reincidente no necesariamente ha de ser criminalmente peligroso —piénsese por ejemplo, en un sujeto que ha sido condenado por sendos delitos imprudentes en los cuáles ni siquiera previó el resultado— y que, por otro, un sujeto criminalmente peligroso no necesariamente ha de ser reincidente.

²¹⁴ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito/2*, ob. cit., pp. 168 y 170; CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, “Reincidencia. Problemática jurídica y criminológica”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 32, Año III, La Ley, Madrid, 2006, pp. 15 y ss.

²¹⁵ En efecto, según el número 8 del artículo 22 del CP es una circunstancia agravante “Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”.

En los cuadros siguientes podremos matizar las formas en las cuales pueden solaparse las distintas categorías mencionadas:



Veamos la distinción de esta otra forma:

DELINCUENTE REINCIDENTE	DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO
Reincidente, no peligroso	
Reincidente, peligroso	Peligroso, reincidente
	Peligroso, no reincidente

III. LA PELIGROSIDAD CRIMINAL COMO PRESUPUESTO DE LA INTERVENCIÓN PENAL

3.1. *Concepto*

De forma unánime, la doctrina contemporánea ha concebido a la peligrosidad como el único fundamento y límite obligatorio de las medidas de seguridad y reinserción social²¹⁶ —aunque, como veremos más adelante [vid. *infra* Capítulo V] esta apreciación debe ser matizada teniendo en cuenta dos factores de trascendental importancia:

a) Que la exclusiva atención a la peligrosidad criminal portada por un delincuente concreto podría dar pie a que se impongan consecuencias jurídicas de duración indeterminada o ilimitada, pues puede darse el caso en que la peligrosidad del sujeto tenga tal magnitud y persistencia que el Juez o Tribunal no puedan ordenar el cese de la consecuencia jurídica del delito impuesta en virtud de tal característica. Por esta razón tendrán que buscarse algunos límites que permitan que la consecuencia jurídica del delito impuesta no entre en colisión —como lo haría una consecuencia indeterminada o ilimitada— con las garantías, derechos y principios establecidos en un Estado de Derecho como el español, y

b) Que, agotadas las posibilidades que el tratamiento penal ofrece al delincuente imputable peligroso, el riesgo derivado de la peligrosidad criminal

²¹⁶ Cfr. por todos, URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, en la Colección “Estudios de Derecho Penal y Criminología” dirigidos por Carlos María ROMEO CASABONA, Editorial Comares, Granada, 2009, p. 65. Véase también, SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 82.

que persistiese en el agente tendrá que ser asumido, al menos de alguna forma, por parte de la sociedad, pues no cabe duda que el Derecho penal no es la herramienta adecuada para anular todo riesgo que amenace algunos bienes jurídicos —aunque estos sean de capital importancia—. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Ahora bien, teniendo en cuenta estas reflexiones, conviene precisar el significado de tal término —esto es, el significado de peligrosidad— en vista de que ostenta una vital importancia para el sistema de consecuencias jurídicas del delito establecido en la legislación penal vigente. Por esta razón, y partiendo del significado general de la palabra peligrosidad —cualidad de alguien o algo para producir un peligro—, se puede establecer que un sujeto —o cosa— peligroso es aquel que sea portador del riesgo de que se materialice algún mal, a corto, mediano o largo plazo.

Cabe poner de manifiesto que, a lo largo de los últimos lustros, el número de autores que se han ocupado del estudio y análisis de la noción de peligrosidad ha ido en constante aumento; en este sentido es necesario precisar que, aún en la primera mitad del siglo XX la doctrina jurídica todavía no había desarrollado con mediana claridad la noción o concepto de peligrosidad; baste con recordar que Eusebio GÓMEZ a finales de los años treinta sostenía que “el concepto de peligrosidad no ha sido concretado aún en una fórmula que tenga la virtud de atraer el consenso unánime, indispensable para su consagración. Los pareceres coinciden, sin embargo, en reconocer que la peligrosidad es un principio del que no puede prescindir el Derecho Penal. Constituye para algunos el fundamento de la imputabilidad y, por ende, la razón justificativa de las sanciones; para otros, representa el único criterio eficaz para resolver el problema de la adaptación de la sanción al delincuente; y hay quienes sostienen (...) que no hay sanción posible sino cuando el delincuente es

peligroso”²¹⁷. Con el correr del tiempo, dicho concepto fue adquiriendo nuevos matices —al mismo tiempo que fueron diluyéndose las dudas que antaño GÓMEZ dejó sobre el tapete— llegando a configurarse la noción que hoy es aceptada de forma casi unánime y que, es preciso recordar, fue propulsada en nuestro medio, en la década de los ochenta por obra de los profesores Marino BARBERO SANTOS²¹⁸ y Carlos María ROMEO CASABONA²¹⁹.

La doctrina es unánime al afirmar que la peligrosidad no es una institución jurídica, sino más bien, criminológica en la medida que es determinada por el Juez o Tribunal en función de ciertos datos (personalidad del agente, propensión a ciertas conductas, adicciones, etc.) que permitan relacionar la acción del agente con el delito cometido, así como con la posibilidad de repetición de la acción. En esta línea de ideas, como indicábamos más arriba, se entiende por peligrosidad, en sentido amplio, a la condición de peligroso que ostenta alguien o algo, es decir, a la cualidad de un

²¹⁷ Eusebio GÓMEZ, *Tratado de Derecho penal, t. I*, Cía. Arg. Editores, Buenos Aires, 1939, p. 336.

²¹⁸ Marino BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán*, en “*Marginación social y Derecho represivo*”, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1980, pp. 14 y ss.

²¹⁹ Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., pp. 13-54; el mismo, “*Peligrosidad*”, *op. cit.*, pp. 286 y ss.

Sin embargo, conviene resaltar la importancia de dos trabajos que algunas décadas antes intentaron perfilar algunos aspectos relacionados con el tema: DEL ROSAL, Juan, “*Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad*”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIV, Fascículo III, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1961, pp. 395 – 407; BERISTAÍN, P.A., “*Estructuración ideológica de la nueva defensa social*”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIV, Fascículo III, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1961, pp. 409 – 432.

ser para producir un peligro²²⁰⁻²²¹ —entendido éste como riesgo o probabilidad de que se materialice un daño o mal en el futuro—. Como señala ROMEO CASABONA, en el ámbito de las ciencias penales, esta cualidad tendría que ser ostentada por una persona, a la cual se la denomina peligrosa, y el peligro que se espera tendría que ser constitutivo de una infracción penal; a esta cualidad, pues, se denomina *peligrosidad criminal*. Por estas razones, y dado que al Derecho Penal sólo le interesa esta última, podríamos definir a la peligrosidad criminal como *la característica subjetiva de una persona mediante la cual podemos determinar —de forma prospectiva y con distintos grados de de*

²²⁰ Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 13; el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 286 y ss.; Luis GRACIA MARTÍN, “Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reincursión social en el Derecho español”, en *Direito Penal Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Luiz REGIS PRADO (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007, p. 56; Enrique ESBEC RODRÍGUEZ, *Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica*, en *Revista de Psicopatología clínica legal y forense*, Vol. 3, Nº 2, Editada por la Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense y la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, Madrid, 2003, p. 46; DEL ROSAL, Juan, “Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 395 – 407; BERISTAÍN, P.A., “Estructuración ideológica de la nueva defensa social”, *op. cit.*, pp. 409 – 432; SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 82

²²¹ Conviene apuntar que, en sentido similar, la Real Academia de la Lengua Española entiende que “Peligrosidad” es la “cualidad de peligroso” y que, a su vez, “Peligroso” es toso aquello “Que tiene riesgo o puede ocasionar daño”. www.rae.es

*error o acierto— la existencia del riesgo de que ésta cometerá una infracción penal en el futuro*²²².

3.2. Origen y evolución de la noción de peligrosidad

La doctrina ha apuntado que los primeros intentos por delimitar la noción de peligrosidad pueden hallarse en la producción legislativa de la época de los romanos²²³, aunque también se encuentran referencias en la obra de Tomás DE AQUINO²²⁴ y, posteriormente, en algunos filósofos y juristas del Siglo de las Luces.

Sin embargo, como recuerda ROMEO CASABONA, la palabra peligrosidad fue sólo utilizada por los penalistas a finales del siglo XVIII pues, según tenemos entendido, fue FEUERBACH (1775 - 1833) el primer jurista que elaboró un concepto de dicho término: “Parto del supuesto de que con el término peligrosidad se vincula su exacto y verdadero significado y que no se

²²² ESBEC RODRÍGUEZ afirma que la peligrosidad es un concepto prospectivo. Enrique ESBEC RODRÍGUEZ Cfr. “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 3, Nº 2, 2003, p. 53; PUJOL ROBINAT, Amadeo / PUIG BAUSILI, Luis, “Concepto de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 94, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, p. 257.

²²³ DEL ROSAL, Juan, “Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 395 – 407; BERISTAÍN, P.A., “Estructuración ideológica de la nueva defensa social”, *op. cit.*, pp. 409 – 432; Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, *ob. cit.*, p. 15.

²²⁴ Así, Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I.^a, II^{ae}, q 87, art. 8; citado por Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, *ob. cit.*, p. 15.

entiende otra cosa que la característica de la persona en la cual existe una base de probabilidad de que efectivamente lesionará derechos”²²⁵.

Por otra parte, conviene anotar que, al menos en el ámbito del Derecho Penal español, los correccionalistas fueron los primeros en mostrar interés por el tema, dado que, como sabemos, partían de la idea de que la labor del Derecho Penal debía centrarse en el análisis del delincuente con el fin de conseguir la corrección de su personalidad —desplazando, de esta manera, a un segundo plano el interés, que hasta entonces la doctrina había prestado, por el estudio del acto ilícito mismo—²²⁶.

Teniendo en cuenta dichos planteamientos, los principales defensores de dicha corriente [SILVELA (†1903)²²⁷, DORADO MONTERO (1861-1919)²²⁸ y

²²⁵ Anselm VON FEURBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt, 1799, citado por Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p.16, el mismo, “Peligrosidad”, *op. cit.*, p. 284, nota núm. 12.

²²⁶ Cfr. Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, ob. cit., pp. 331 y ss.; PUJOL ROBINAT, Amadeo / PUIG BAUSILI, Luis, “Concepto de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto”, *op. cit.*, p. 258; DEL ROSAL, Juan, “Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 395 – 407; BERISTAÍN, P.A., “Estructuración ideológica de la nueva defensa social”, *op. cit.*, pp. 409 – 432.

²²⁷ Recordemos que, en opinión de Luis SILVELA, la pena cumple dos funciones: la defensa de la sociedad y la resocialización del individuo. Cfr. Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, ob. cit., p. 334.

²²⁸ Pedro DORADO MONTERO, veía a los delincuentes como seres peligrosos — claro está, para la sociedad— a los que el Estado debería tratar con miras a su integración social. Cfr. Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, ob. cit., p. 337; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción*, ob. cit., pp. 24 y 25.

ARENAL (1820-1893)²²⁹] mostraron un alto grado de coincidencia en lo que respecta a la idea de que la medida de la pena debe ser determinada en función del sujeto que había infringido la norma penal y no en función del delito mismo²³⁰.

De todas formas, no cabe duda que el impulso definitivo en relación con la definición de la peligrosidad fue suministrado a finales del siglo XIX por la escuela positiva italiana²³¹ que, como sabemos, radicalizó la idea de prevención, propiciando de esta manera la estructuración de sus conocidos planteamientos deterministas con base en la llamada *Temibilidad* (término

²²⁹ En base a lo indicado por CUELLO CONTRERAS, en opinión de Concepción ARENAL no debería calificarse a un delincuente de incorregible, sino de “no corregido” mientras no se ejecuten las medidas adecuadas para dicha corrección. Cfr. Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, ob. cit., p. 338.

²³⁰ Cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho Penal moderno*, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Reus, Madrid, 1920, p. 7.

²³¹ Germán ALLER MAISONNAVE, “Peligrosidad y Derecho Penal”, ob. cit., p. 15; Cecilia Natalia DÍAZ AGUILAR, “Imputabilidad y peligrosidad en el Derecho Penal contemporáneo”, en *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, Núm. 3, Cuarta época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, p. 104; PUJOL ROBINAT, Amadeo / PUIG BAUSILI, Luis, “Concepto de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto”, *op. cit.*, pp. 258 - 260.

acuñado por GARÓFALO²³²) o *Inadaptabilidad Social* (denominación de FERRI²³³)²³⁴.

Así pues, corresponde a GARÓFALO la idea de que la *temibilidad*, entendida como la “perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo”²³⁵, constituiría el único criterio y fundamento para la imposición y determinación de una pena; contradiciendo por primera vez los postulados de la Escuela Clásica en relación con la defensa del libre albedrío y la afirmación de que por ello sería, más bien, la culpabilidad el fundamento de dicha sanción²³⁶.

²³² Véase, Rafael GARÓFALO, *Criminología*, 1885, 2ª Edición, Torino, 1929; PUJOL ROBINAT, Amadeo / PUIG BAUSILI, Luis, “Concepto de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto”, *op. cit.*, pp. 258 - 260.

²³³ Enrico FERRI, *Sociología Criminale*, I, 5ª Edición, Torino, 1929; PUJOL ROBINAT, Amadeo / PUIG BAUSILI, Luis, “Concepto de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto”, *op. cit.*, pp. 258 - 260.

²³⁴ Como sabemos, el planteamiento de la negación de la libertad propició la posterior estructuración de las medidas de seguridad en vista de que cualquier prejuicio de tipo culpabilista estaría ya de más. Cfr. Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, ob. cit., pp. 329; Germán ALLER MAISONNAVE, “Peligrosidad y Derecho Penal”, ob. cit., p. 13; SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 87 y ss.

²³⁵ Rafael GARÓFALO, *La criminología*, traducción de Pedro DORADO MONTERO, España Moderna, Madrid, p. 405; PUJOL ROBINAT, Amadeo / PUIG BAUSILI, Luis, “Concepto de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto”, *op. cit.*, pp. 258 - 260; DEL ROSAL, Juan, “Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 395 - 407; BERISTAÍN, P.A., “Estructuración ideológica de la nueva defensa social”, *op. cit.*, pp. 409 - 432.

²³⁶ Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., pp. 16-17; Edgardo Alberto DONNA, *La peligrosidad en el Derecho penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 24; Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*, Publicaciones de la Real Academia de

Es en estas circunstancias, y gracias al decisivo impulso del positivismo, cuando —a partir del Anteproyecto de Código Penal Suizo de 1893 de STOOSS— la peligrosidad adquiere la categoría de instituto propio del Derecho Penal en la medida en que se la vincula, por primera vez, a una consecuencia jurídica del delito diferente de la pena: la medida de seguridad²³⁷.

En efecto, sabido es que en dicho anteproyecto se introduce el sistema dualista de consecuencias jurídicas del delito, lo cual posibilitó que se empezara a concebir que tanto la pena, como la medida de seguridad tienen fines y fundamentos distintos —así, la primera se fundaba en la culpabilidad, mientras que la segunda en la (novísima) peligrosidad—. No faltaron, sin embargo, las posturas que abogaban por la prevalencia del monismo,

Jurisprudencia y Legislación, Editorial Reus, Madrid, 1920, p. 8; Luis GRACIA MARTÍN, *Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*, ob. cit., p. 980; Germán ALLER MAISONNAVE, “Peligrosidad y Derecho Penal”, ob. cit., p. 13; SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, op. cit, pp. 87 y ss.

²³⁷ Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., p. 17; DEL ROSAL, Juan, “Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 395 – 407; BERISTAÍN, P.A., “Estructuración ideológica de la nueva defensa social”, *op. cit.*, pp. 409 – 432; SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, op. cit, pp. 87 y ss.

considerando a la peligrosidad como uno de los requisitos esenciales de la imposición de una pena²³⁸.

De otro lado, conviene resaltar que en esta misma época se comenzaron a desarrollar, también como consecuencia de la influencia del positivismo, las bases de lo que poco después se conocería como la *teoría de la defensa social*²³⁹ —que, como es sabido, fue infatigablemente predicada por la “Unión Internacional de Derecho Penal” fundada en 1889 por Gerardo VAN HAMEL, Franz VON LISZT y Adolfo PRINS y cuyos representantes más famosos son Filippo GRAMATICA²⁴⁰ y Marc ANCEL²⁴¹— con base en la cual se postulaba que

²³⁸ De este parecer FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto Penal Italiano, tomo I*, Milano, 1947, p. 171. Como el profesor ROMEO indica, GRISPIGNI establecía que los requisitos para la imposición de una pena han de ser, además de la constatación de la comisión de un delito, que el autor sea imputable y, además, peligroso. Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, cit., p. 18; Edgardo Alberto DONNA, *La peligrosidad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 25. En la actualidad, sostiene este planteamiento ALLER MAISONNAVE, para quien “la peligrosidad interviene en el establecimiento de la pena en términos de diagnóstico pseudo-clínico, pues representa aun una supuesta —y cuestionable— existencia de un estado mórbido”. Cfr. Germán ALLER MAISONNAVE, “Peligrosidad y Derecho Penal”, ob. cit., p. 15.

²³⁹ Fundamentales BERISTAÍN, P.A., “Estructuración ideológica de la nueva defensa social”, *op. cit.*, pp. 409 – 432, y DEL ROSAL, Juan, “Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad”, *op. cit.*, pp. 395 – 407. Véase también, Cecilia Natalia DÍAZ AGUILAR, “Imputabilidad y peligrosidad en el Derecho Penal contemporáneo”, en *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, Núm. 3, Cuarta época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, p. 103; SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, op. cit, pp. 87 y ss.

²⁴⁰ Filippo GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, CEDAM, Padova, 1961.

²⁴¹ Marc ANCEL, *L'état dangereux en Droit compare*, Extrait de L'ouvrage: Deuxième Cours International de Criminologie, Paris, 1953; el mismo, *La défense sociale nouvelle, Un mouvement de Politique criminelle humaniste*, Éditions Cujas, Paris, 1966;

la represión de los delincuentes no halla su fundamento sino en la salvaguarda de los bienes y valores de la sociedad, por lo que para ello se tendrían que articular ciertos mecanismos de defensa ante el estado peligroso en el que se encuentran algunos individuos; es pues a partir de estos postulados, como señala ROMEO CASABONA, que la doctrina empieza a llegar a cierto grado de consenso en lo que respecta a la importancia que reviste tanto el concepto como el pronóstico de la peligrosidad²⁴².

Todo parece indicar que las modernas discusiones en torno al papel que juega la noción y el pronóstico de la peligrosidad (entendida, claro está, como fundamento y límite de las medidas de seguridad) están íntimamente vinculadas y, en alguna medida, son deudoras de los planteamientos que en su momento propusieron los partidarios de la llamada teoría de la defensa social²⁴³.

3.3. La peligrosidad como cualidad: Aclaración de conceptos entre la peligrosidad criminal, el estado peligroso y la temibilidad

BERISTAÍN, P.A., "Estructuración ideológica de la nueva defensa social", *op. cit.*, pp. 409 – 432

²⁴² Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, *ob. cit.*, p. 18; BERISTAÍN, P.A., "Estructuración ideológica de la nueva defensa social", *op. cit.*, pp. 409 – 432

²⁴³ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho Penal moderno*, *ob. cit.*, p. 9; Hans-Joachim HIRSCH, "Peligro y peligrosidad", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLIX, Fascículo II, Mayo-Agosto, MCMXCVI, p. 511; Manuel LÓPEZ REY, *Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción peligrosidad*, en *Cuadernos de Política Criminal* N^o 19, EDERSA, Madrid, 1983, pp. 23 y ss.

No son pocos los autores que han confundido a la peligrosidad criminal con otros términos²⁴⁴. En este sentido, resulta conveniente concretar sucintamente algunas de las notas características de los términos que suelen ser utilizados para hacer mención a la peligrosidad.

3.3.1. Estado peligroso

Habíamos indicado que la doctrina contemporánea acertadamente estima que la peligrosidad criminal es una cualidad o, si se quiere, una característica individual, que revela la existencia del riesgo de que la persona que la porta realice una acción delictiva en un futuro medianamente previsible²⁴⁵. Por el contrario, el término *estado peligroso* —que, evidentemente, no podría ser tenido por una cualidad o característica personal— alude concretamente a la situación en la que se encuentra aquella persona a la que se le ha podido atribuir —luego, claro está, de la evaluación respectiva— la calidad de *criminalmente peligroso*²⁴⁶.

²⁴⁴ Por ejemplo, Cecilia Natalia DÍAZ AGUILAR, “Imputabilidad y peligrosidad en el Derecho Penal contemporáneo”, ob. cit., p. 105.

²⁴⁵ RICARDO ROBLES PLANAS, “Violencia y seguridad”, cit., p. rl:2.

²⁴⁶ Otros autores apuntan definiciones bastante similares. Por sobre todas destaca la ensayada por ESBEC RODRÍGUEZ, quien apunta que el estado peligroso es el “conjunto de circunstancias o condiciones que derivan en alto riesgo para la producción de un daño contra bienes jurídicamente protegidos”. Véase, ENRIQUE ESBEC RODRÍGUEZ, *Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en Psicología forense. Aproximación histórica y conceptual*, en “Revista de Psicopatología clínica legal y forense”, Vol. 3, N^o 2, Editada por la Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense y la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, Madrid, 2003, p. 45; MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, “El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo XXXI, Fascículo II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Mayo-agosto, 1978, pp. 318 y ss.

Hasta antes de que entrase en vigor el Código Penal actual, la doctrina, con base en lo dispuesto por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, solía discutir en torno a las nociones de “supuestos de estado peligroso” o “tipos o categorías de estado peligroso”, pues en virtud de la norma mencionada podía declararse que una persona se encontraba en estado peligroso cuando, además de ser portador de peligrosidad social, esté incluido en uno de los *supuestos* establecidos en el artículo 2 de la Ley (vagos habituales, rufianes, proxenetes, los que realizan actos de homosexualidad, etc.).

En este sentido, todo parece indicar que el legislador del setenta también intuía la diferencia existente entre estado peligroso y peligrosidad — aunque en este supuesto se hacía expresa referencia a la peligrosidad social— pues, se establecía que los antiguamente llamados *supuestos de estado peligroso* no constituían sino síntomas o índices de referencia para la apreciación de la peligrosidad²⁴⁷.

3.3.2. Temibilidad

Este término, al igual que el anterior, antaño fue también utilizado con el objeto de buscar cierta aproximación a la idea de peligrosidad criminal. En este sentido, como apuntábamos anteriormente, GARÓFALO entendía que la llamada *temibilidad* no sería sino “*la perversidad constante y activa del*

²⁴⁷ Al respecto, véase MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la ley de peligrosidad y rehabilitación social?”, en *Diario La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*, Tomo 1, Editorial La Ley, Madrid, 1991, pp. 1142-1154; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 18.

*delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo*²⁴⁸”. Sin embargo, si bien es cierto que tal afirmación tuvo un fuerte eco en la ciencia penal de principios del siglo XX, las críticas no tardaron mucho tiempo en mermar la construcción realizada en su momento por GARÓFALO.

En efecto, como señala el profesor DONNA corresponde a ROCCO la idea de que la temibilidad no es la perversidad del delincuente y la cantidad del mal previsto, sino más bien la consecuencia de la peligrosidad de una persona; “[...] la peligrosidad de una persona es la causa de la temibilidad²⁴⁹”. La peligrosidad, en palabras de ROCCO sería por el contrario, “*la potencia, la aptitud, la idoneidad, la capacidad de la persona para ser causa de acciones dañosas o peligrosas*²⁵⁰”.

Pese a las consideraciones arriba esbozadas no debemos perder de vista el hecho de que, si bien es cierto que a lo largo del siglo pasado las nociones de peligrosidad, estado peligroso y temibilidad fueron indistintamente usadas —y por qué no decirlo, confundidas—, tales confusiones responden única y exclusivamente a la novedad que tales términos suponían para los juristas de

²⁴⁸ GARÓFALO, *La criminología*, traducción de DORADO MONTERO, España Moderna, Madrid, p. 405.

²⁴⁹ EUSEBIO GÓMEZ, *Tratado de Derecho penal, t. I*, Cía. Arg. Editores, Buenos Aires, 1939, p. 338. Posteriormente otros autores se han manifestado en esta misma línea: “Podríamos decir que la peligrosidad es una característica personal del individuo, y la temibilidad es la repercusión de tal estado en la apreciación de los coasociados, de las manera que la primera se refiere a un requisito subjetivo, y la segunda a un elemento objetivo”, EUGENIO FLORIAN, *Parte General del Derecho penal, t. II*, traducido por E. DIHIDO, Imp. La Propagandista, La Habana, 1929, p. 337

²⁵⁰ EDGARDO ALBERTO DONNA, *La peligrosidad en el Derecho penal*, ASTREA, Buenos Aires, 1978, p. 25; JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Reus, Madrid, 1920, pp. 42-43.

antaño. Recordemos, pues, que tan novedoso debió ser para GARÓFALO el término *peligrosidad* —o, en sus palabras, *temibilitá*—, como para nosotros hasta hace poco lo eran las voces *clonación* o *manipulación genética*. Por ello no es de extrañar que en los albores de la evolución doctrinal de estos conceptos se haya tenido a unos por otros.

3.4. Clases de peligrosidad

3.4.1. Por el presupuesto de la misma: Peligrosidad predelictual y postdelictual

a) *Peligrosidad predelictual*: Como su nombre lo indica, es aquella que, para ser declarada, no requiere la comisión previa de un delito²⁵¹.

b) *Peligrosidad postdelictual*: Este tipo de peligrosidad, por el contrario, requiere que el sujeto haya cometido con anterioridad una acción típica y antijurídica —no siendo necesario que, además, dicha acción sea culpable—²⁵² de cualquier magnitud o gravedad. Es, pues, aquella que se ha puesto de manifiesto a través de la realización de una conducta delictiva.

A diferencia de algunas leyes penales ya derogadas —por ejemplo, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social—, la moderna legislación penal española ha suprimido la punición de la peligrosidad predelictual, por lo que hoy en día la única clase de peligrosidad que tiene relevancia penal vendría a

²⁵¹ Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 44; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción, Sexta edición*, ob. cit., p. 40.

²⁵² Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 44.

ser la postdelictual²⁵³. Ello, como indica CEREZO, ha traído grandes ventajas en cuanto a seguridad jurídica pues al constituir ésta un límite objetivo del ejercicio del *ius puniendi*, ha contribuido a la disminución del margen de error a que los juicios o diagnósticos de peligrosidad están expuestos (*nulla periculositas sine crimen*)²⁵⁴.

No obstante, conviene poner de manifiesto que el hecho de que para efectos de la elaboración del juicio de peligrosidad se tenga como requisito esencial e inicial la comisión previa de un delito (peligrosidad postdelictual), no nos lleva a la conclusión de que no existe peligrosidad sin la comisión previa de un delito, sino más bien a la de que, en puridad, no existe peligrosidad *penalmente relevante* sin la comisión de previa de un crimen. Dicho de otro modo, a pesar de que la exigencia de la comisión previa de un crimen para la valoración de la peligrosidad es un requisito deseable y saludable, no podemos afirmar que no existe posibilidad que un sujeto sin antecedentes delictivos sea criminal o socialmente peligroso, pues la exigencia de la comisión previa de un delito, además de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁵⁵, está dirigida, principalmente, a garantizar los

²⁵³ Así lo ha entendido el legislador penal de 1995 al indicar en el artículo 95.1. CP que “Las medidas de seguridad se aplicarán [...] siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito”. Más argumentos a favor CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción, Sexta edición*, ob. cit., p. 40; MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la ley de peligrosidad y rehabilitación social?”, *op. cit.*, pp. 1142-1154.

²⁵⁴ Véase, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción, Sexta edición*, ob. cit., p. 40; Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 44.

²⁵⁵ En contra de esta afirmación en su momento se manifestó OLESA MUÑIDO, *Las medidas de seguridad*, Bosch, Barcelona, 1951, p. 142.

parámetros de seguridad jurídica que han de regir en un Estado Democrático de Derecho²⁵⁶.

3.4.2. Por la naturaleza del daño esperado: Peligrosidad social y peligrosidad criminal

a) *Peligrosidad social*: Consiste en la cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de que realice en el futuro una acción socialmente dañosa²⁵⁷.

b) *Peligrosidad criminal*: Es aquella de la que se puede inferir que existe la probabilidad de que el sujeto que la porta realice en el futuro una conducta constitutiva de delito²⁵⁸.

²⁵⁶ Recordemos pues, que en palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO, la exigencia de la comisión previa de un delito “cumple una triple función garantizadora: refuerza el pronóstico de peligrosidad, fortalece la vigencia del principio de legalidad y reduce límites tolerables la función preventiva”. Véase, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 363 y s.; MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la ley de peligrosidad y rehabilitación social?”, *op. cit.*, pp. 1142-1154.

²⁵⁷ Luis GRACIA MARTÍN, “Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el Derecho español”, en *Direito Penal Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Luiz REGIS PRADO (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 56.; MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, “El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español”, *op. cit.*, p. 318.

²⁵⁸ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción, Sexta edición*, ob. cit., p. 39.

Como se deduce de lo establecido por las antiguas Ley de vagos y maleantes y Ley de peligrosidad y rehabilitación social, el legislador penal español confundió, durante un tiempo, ambas clases de peligrosidad (véase el artículo segundo, letra B)²⁵⁹. Sin embargo, haciendo eco de las críticas que la doctrina venía acusando en relación con esta confusión, en el nuevo Código Penal se ha modificado esta situación por medio del establecimiento de medidas de seguridad únicamente para los sujetos que, siempre que hayan cometido previamente una acción típica y antijurídica, hayan sido declarados criminalmente peligrosos²⁶⁰.

Una cuestión controvertida, por otra parte, ha sido la de determinar si ambas clases de peligrosidad constituyen grupos completamente separados uno del otro o si por el contrario uno de ellos engloba al otro. En efecto, teniendo en cuenta que, por una parte el daño que se espera de la peligrosidad social está constituido por cualquier tipo de acción socialmente dañosa y, por otra, que la comisión de un delito (es decir, el daño que se espera de un sujeto portador de peligrosidad criminal) podría reputarse, efectivamente, como una acción socialmente dañosa, podríamos llegar a la conclusión de que la peligrosidad criminal es un tipo o subespecie de una categoría mucho más amplia, es decir, de la peligrosidad social. No obstante, como la doctrina viene insistiendo desde la década de los ochenta, ambas clases de peligrosidad no serían sino categorías diferentes con contenidos específicos, por lo que de la peligrosidad social se esperarían, únicamente, acciones dañosas no constitutivas de delito, mientras que de la peligrosidad criminal se esperarían,

²⁵⁹ Cfr. MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la ley de peligrosidad y rehabilitación social?", *op. cit.*, pp. 1142-1154.

²⁶⁰ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción, Sexta edición*, ob. cit., p. 39.

exclusivamente, aquellas acciones que efectivamente sean constitutivas de delito²⁶¹.

3.5. El juicio de peligrosidad

La doctrina²⁶² coincide en señalar que la evaluación y determinación de la peligrosidad —esto es, el juicio de peligrosidad— se lleva a cabo en dos etapas claramente diferentes:

- El diagnóstico de peligrosidad, y
- La prognosis criminal.

La importancia del desarrollo del proceso de evaluación y determinación de la peligrosidad radica en el hecho de que, como venimos indicando, ésta no es sino la característica que justifica la imposición de una medida de seguridad y reinserción social sobre el sujeto que sea declarado

²⁶¹ Este planteamiento lo defendía ya Romeo Casabona en 1986 (*Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., pp. 48 y ss.) y en la actualidad es seguida de forma unánime por la doctrina nacional. Véase, Asier URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 66 y 67; Luis GRACIA MARTÍN, “Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reincidencia social en el Derecho español”, en *Direito Penal Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Luiz REGIS PRADO (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007, p. 57; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción, Sexta edición*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 38.

²⁶² Cfr., entre otros, Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., pp. 30 y ss.; Asier URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, ob. cit., pp. 66 y 67.

portador de la misma. En efecto, el claro carácter preventivo-especial de dicha consecuencia jurídica hace necesaria e indispensable la previa comprobación de la concurrencia de la peligrosidad criminal, pues de lo contrario, como indica CARBONELL MATEU²⁶³, la imposición de consecuencia jurídica del delito estaría motivada únicamente por fines retributivos²⁶⁴.

En este sentido, cabe recordar que el Código Penal vigente ha reconocido el fundamental papel de la peligrosidad de cara a la imposición de las consecuencias jurídicas del delito así como la importancia que juega el proceso de su determinación al afirmar que “Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”²⁶⁵ y que “Las medidas de seguridad se aplicarán [...] siempre que concurren estas circunstancias: [...] 2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”²⁶⁶.

El Profesor URRUELA MORA, ha hecho hincapié en la importancia que juega el juicio de peligrosidad para el mantenimiento de la seguridad jurídica

²⁶³ Véase, Juan-Carlos CARBONELL MATEU, “Aspectos penales”, *Enfermedad mental y delito, Aspectos penales psiquiátricos y procesales*, Juan-Carlos CARBONELL MATEU / J. L. GÓMEZ COLOMER / J. B. MENGUAL I LLUL, Civitas, Madrid, 1987, p. 58.

²⁶⁴ También, URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, ob. cit., pp. 66 y 67

²⁶⁵ Cfr. Artículo 6.1. CP.

²⁶⁶ Cfr. Artículo 95.1.2.ª CP.

al recordar que en épocas anteriores las consecuencias jurídicas previstas para gestionar la peligrosidad eran impuestas de forma automática²⁶⁷.

3.5.1. Etapas

a. Diagnóstico de peligrosidad

Como bien señala el Prof. ROMEO CASABONA, el diagnóstico de peligrosidad constituye la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso y el primer momento del juicio de peligrosidad²⁶⁸. Para llevar a cabo esta etapa del proceso el Juez o Tribunal ha de tener en cuenta diversos factores, algunos de ellos están constituidos por la mera comprobación fáctica de un hecho, mientras que otros lo están por la valoración de indicios de difícil evaluación.

La doctrina ha señalado que dentro del primer grupo de factores señalados se encuentra uno que reviste una especial importancia de orden formal y material para el juicio de peligrosidad: la comisión previa de un hecho delictivo. No debe confundirse dicho factor con la recidiva —o, si se

²⁶⁷ En efecto, el profesor de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza indica que “la aplicación de la medida de seguridad exige la previa comprobación de la peligrosidad criminal del sujeto [...] en aras a superar automatismos propios de la imposición de las medidas en épocas anteriores (al amparo de la dicción recogida en el artículo 8.1 del anterior CP). Cfr. URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, ob. cit., p. 70.

²⁶⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., p. 33.

quiere, la recaída en el delito— pues, como vimos, el ordenamiento jurídico²⁶⁹ al incorporar este requisito no hace sino precisar que el tipo de peligrosidad que tiene relevancia penal es la peligrosidad post-delictual. No obstante, creemos que ambos datos —es decir, tanto la comisión previa del delito como el hecho de que el sujeto sea reincidente— constituirán factores que pueden, en cierta medida, ser de mucha ayuda al juez en cuanto son capaces de orientar su decisión respecto de la peligrosidad criminal de la que es portador el sujeto. Ello en la medida que, el nivel de resistencia a caer en el delito es, por lo general, menor cuando se trata de sujetos que con anterioridad vencieron la resistencia que pudieron tener al cometer el la primera infracción penalmente relevante. Es muy importante precisar que dichos factores en modo alguno podrían ser suficientes como para afirmar que el sujeto en el cual confluyan es portador de peligrosidad criminal. Para ello será necesario obtener más información sobre la personalidad y circunstancias específicas que le rodean y que podrían, en cierta medida, condicionar su forma de actuar.

Con anterioridad a la reforma penal operada en junio de 2010, el diagnóstico de peligrosidad criminal de un sujeto determinado jugaba un papel fundamental en los supuestos en los que el Juez o Tribunal se encontraba: **a)** frente a alguno de los tipos criminológicos establecidos en el ordenamiento penal —en concreto en los números 1, 2 y 3 del artículo 20 CP— y, por lo tanto, cobraba importancia la evaluación de la aplicación de una medida de seguridad determinada o, **b)** frente a algún sujeto imputable previamente condenado y sobre el cual cabía la discusión sobre la conveniencia de la aplicación de ciertos beneficios penales (en concreto los establecidos en los

²⁶⁹ Recordemos que el artículo 6.1. del CP señala que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

artículos 80 y ss.²⁷⁰, 88 y s.²⁷¹ y, finalmente, 90 y ss²⁷²). No obstante, con la entrada en vigor de la reforma penal de 2010, se ha abierto la posibilidad de dar este paso no únicamente cuando el juzgador se encuentra frente a uno de los modelos criminológicos mencionados, sino también frente a los delincuentes sexuales y los condenados por delitos de terrorismo que, a pesar de ser imputables, puedan eventualmente ser portadores de peligrosidad criminal. De esta forma, podemos concluir con que nos encontramos frente a dos nuevos modelos criminológicos sobre los cuales es posible desarrollar un diagnóstico de peligrosidad capaz de conducir a la siguiente fase, es decir, la prognosis criminal, dado que, como señala URRUELA MORA, “la comprobación de que el sujeto se encuentra incluido en uno de los anteriores supuestos típicos constituye condición necesaria, pero no suficiente para la aplicación de medidas de seguridad y reinserción social, puesto que queda pendiente la

²⁷⁰ Referentes a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Véase, concretamente, lo establecido por el artículo 80.1 CP, pues en dicho precepto se establece que la decisión sobre la su acuerdo se debe tomar teniendo en cuenta la peligrosidad criminal del sujeto.

²⁷¹ Referentes a la sustitución de las penas privativas de libertad. Recuérdese que tanto el primer párrafo del número 1 del artículo 88 (que regula la sustitución de penas inferiores a un año) como el segundo párrafo del mismo precepto (que establece los requisitos que han de concurrir para que pueda proceder la sustitución de penas privativas de libertad no mayores de dos años) establecen que la sustitución de la pena podrá llevarse a cabo siempre que no se trate de reos habituales.

²⁷² Referentes a la concesión del beneficio de la libertad condicional. Nótese que, para la concesión de este beneficio, es requisito indispensable —por medio del cual el condenado puede dejar de cumplir hasta una cuarta parte de la pena (véase el artículo 90.1.b.)— que el agente haya observado una buena conducta y que exista en su favor un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria — véase el artículo 90.1.c. —.

segunda fase del juicio de peligrosidad, es decir, la verificación de la denominada *prognosis criminal*”²⁷³.

b. Prognosis criminal

Como habíamos indicado, la *prognosis criminal* encarna la segunda fase del juicio de peligrosidad. En ella, en términos generales, el Juez o Tribunal intentan establecer una valoración acerca de las probabilidades reales de que un sujeto determinado vuelva a cometer uno o varios delitos nuevos en un futuro más o menos próximo.

Un aspecto que reviste especial importancia respecto de esta etapa es la cuestión del índice de certeza que el juzgador tiene para con el pronóstico que ha elaborado. En efecto, una de las exigencias de seguridad jurídica más importantes en relación con esta cuestión está representada por el grado de seguridad y fiabilidad del pronóstico realizado por el juez. Dicha apreciación juega un papel de tal importancia que no podrá aplicarse ninguna consecuencia jurídico-penal (medidas de seguridad, imposibilidad de aplicación de ciertos beneficios penales) si no se tiene plena certeza de que el sujeto es, efectivamente, portador de peligrosidad criminal.

Con el claro objeto de elaborar un pronóstico que ostente un grado de fiabilidad bastante alto, tradicionalmente se ha recurrido a tres métodos o, si se quiere, sistemas de elaboración del ya mencionado pronóstico: el denominado método intuitivo, el método científico o experimental y, por último, el método estadístico.

²⁷³ Cfr. URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, ob. cit., p. 72.

Históricamente hablando, ha sido el método intuitivo el que ha tenido mayor acogida dentro de la práctica judicial. Este método se desarrolla, como su nombre lo da a entender, en el plano subjetivo del propio juez, atendiendo para ello a la experiencia que haya podido tener y acumular sobre la materia y, al mismo tiempo, valiéndose de ciertos indicios que le puedan llevar a confirmar o descartar la peligrosidad criminal del sujeto sobre el que recae el juicio²⁷⁴. La principal crítica que se ha elaborado a este sistema de evaluación de la peligrosidad criminal radica en el hecho de que, al tener éste un carácter fundamentalmente subjetivo y, por tanto, al carecer dicha la evaluación de cualquier soporte científico o estadístico que apoye las conclusiones a las que llegue el juez, la fiabilidad de los resultados resulta francamente escasa e irrisoria²⁷⁵.

Por su parte, el método científico o experimental está constituido por un estudio o análisis de la personalidad del sujeto con base en procedimientos científicos desarrollados por especialistas en la materia²⁷⁶. Su aplicación se ha ido extendiendo en la práctica judicial de diversos países debido a que los distintos instrumentos o técnicas utilizadas para tal fin, a lo largo de las

²⁷⁴ MIDDENDORFF, Wolf, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, op. cit., pp. 171 – 174; MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, “El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español”, op. cit., p. 324.

²⁷⁵ La escasa fiabilidad de este método ha hecho que la doctrina se muestre reticente a avalar su implantación dentro del sistema judicial. Entre otros autores, se han mostrado críticos con el método materia de análisis VIVES ANTÓN y ROMEO CASABONA. Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás S., “Métodos de determinación de la peligrosidad”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, cit., p. 412; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, ob. cit., p. 33.

²⁷⁶ URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, cit. 73.

últimas décadas, han sufrido un desarrollo muy importante. Es importante anotar que la aplicación de este método puede dotar al juez de un grado de certeza considerablemente mayor que el que puede obtener por medio del recurso al método intuitivo; ello se debe, como hemos indicado, a que en este caso ya no juegan un papel determinante las apreciaciones subjetivas del juez, pues son reemplazadas por el recurso al estudio sistemático y riguroso de la personalidad del delincuente con el apoyo de un equipo de especialistas —por lo general psicólogos y psiquiatras— que le aportan datos que de otra forma hubiera sido incapaz de obtener²⁷⁷.

Finalmente, el método estadístico se basa en el análisis de una serie de datos que, eventualmente, puedan condicionar la personalidad del sujeto y con ello, su comportamiento. Para el desarrollo de este método se hace indispensable el recurso a las denominadas “tablas de predicción”, que constituyen instrumentos en los cuales se han de introducir los datos y valores obtenidos a fin de obtener un cálculo sobre la probabilidad de que el delincuente vuelva a cometer un delito. Dicho método, como afirma el profesor URRUELA MORA, “encuentra su fundamento en la habitual correlación existente entre la conducta futura y pasada del individuo. Sin embargo, la anterior afirmación constituye también el fundamento de la crítica que frente al método estadístico se ha producido, ya que la validez del procedimiento estará siempre condicionada por la posible concurrencia de

²⁷⁷ Cabe resaltar que el coste derivado de la aplicación de este método es mucho mayor que representado por los otros dos (esto es, por el método intuitivo y el estadístico), pero estando en juego la aplicación de una serie de consecuencias jurídico penales de especial importancia, creemos que es necesario asumir dicha carga en aras a garantizar la seguridad jurídica que debe primar en todo Estado de Derecho.

circunstancias extraordinarias que puedan alterar el comportamiento del individuo”²⁷⁸.

En la actualidad existe una fuerte tendencia a la utilización conjunta de los tres métodos puesto que, como hemos visto, de aplicarse cada uno de ellos de forma aislada o autónoma, se pueden presentar ciertas objeciones que, en alguna medida, afecten las valoraciones y conclusiones a las que el juez llegue después de realizar el juicio de peligrosidad. Con esto no se quiere decir que la utilización conjunta de dichos métodos garantiza un pronóstico de peligrosidad cien por ciento fiable, sino que esta forma de aplicación reduce en gran medida el área de incertidumbre de dicho pronóstico.

Ahora bien, creemos que es oportuno hacer un breve recuento del estado de desarrollo en el que en la actualidad se encuentran los instrumentos —de los que actualmente los jueces se valen para la elaboración del juicio de peligrosidad— que han conseguido compatibilizar los tres sistemas anteriormente mencionados (intuitivo, científico o experimental y, finalmente, estadístico) y que, por ello, son de aplicación en varios países cercanos a nuestro entorno cultural. Sin embargo, previamente analizaremos de forma breve la evolución histórica, estado actual así como las perspectivas de futuro de estos instrumentos.

3.5.2. Aproximación histórica, estado actual y perspectivas de futuro de los instrumentos de evaluación de la peligrosidad criminal

²⁷⁸ Asier URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, cit. 75.

CAPÍTULO IV

EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO- PENAL ESPAÑOL

I. RESPUESTAS PENALES PARA SUJETOS PELIGROSOS INIMPUTABLES O SEMIIMPUTABLES: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Como hemos visto en el Capítulo anterior, en la actualidad el juez tiene a su disposición una serie de mecanismos que pueden permitirle emitir un juicio de peligrosidad con un nivel bastante alto de fiabilidad³⁰⁰. Ahora bien, una vez comprobado el dato de que un sujeto sea, efectivamente, portador de peligrosidad criminal, de acuerdo con la legislación penal vigente el juez tendrá que ajustar su decisión de acuerdo con la evaluación que previamente haya llevado sobre la capacidad de culpabilidad del condenado.

La doctrina, coincidiendo con el Derecho positivo, es unánime al afirmar que las medidas de seguridad y reinserción social constituirán la respuesta penal adecuada para toda aquella persona que haya cometido una acción típica y antijurídica pero no culpable —o, al menos no plenamente

³⁰⁰ Al respecto puede verse lo apuntado en el Capítulo III, especialmente en los Epígrafes 3.5.1 y 3.5.2.

culpable— y sobre la que se haya llegado a la conclusión de que es portadora de peligrosidad³⁰¹. En este sentido, el hecho de que puedan ser aplicadas únicamente a personas declaradas criminalmente peligrosas³⁰²⁻³⁰³ nos hace

³⁰¹ El Prof. URRUELA MORA ha apuntado un acertado concepto de medidas de seguridad y reinserción social al entenderlas como aquellas “consecuencias jurídicas del delito, de naturaleza penal, fundadas en la peligrosidad criminal del sujeto y dirigidas a la realización de fines preventivo-especiales”. Cfr. Asier URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2010, pp. 5 y ss. Cfr. también, Agustín JORGE BARREIRO, “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 565 y ss.; el mismo, “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado”, en *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.), Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 600 y ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María, “El anteproyecto de Código Penal de 1992”, en *Presupuestos para la Reforma Penal*, CEREZO MIR, José, et al., Centro de Estudios Criminológicos – Universidad de La Laguna, 1992, pp. 12 – 16.

³⁰² Recordemos que es prácticamente unánime la afirmación de que las el fundamento de las medidas de seguridad radica en la peligrosidad criminal que haya revelado un sujeto por la comisión de un hecho delictivo. Cfr. Por todos, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción, Sexta edición*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p.38. También, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 106 y ss.

³⁰³ No nos detendremos aquí en el tema de las clases de medidas de seguridad y reinserción social. Baste con mencionar que estas se subdividen en medidas predelictuales y medidas postdelictuales. Las primeras —vigentes hasta que se suprimió el anterior Código Penal— podían aplicarse a las personas consideradas en “estado peligroso” aunque no hayan revelado dicha peligrosidad por medio de la comisión de un delito, mientras que las segundas —vigentes en la actualidad— son de aplicación cuando la peligrosidad ha sido revelada por la comisión de una acción típica y antijurídica. Cfr. Asier URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial*

concluir que dichas respuestas se orientan exclusivamente a la consecución de ciertos fines de prevención especial: advertencia individual, corrección, enmienda del delincuente y, en última instancia, inocuización³⁰⁴.

De esta forma, el legislador penal español acertadamente ha decidido incluir dentro del catálogo de consecuencias jurídicas del delito una serie de preceptos (concretamente los que van del artículo 95 al 108 del Código Penal) que tienen como finalidad la regulación de las medidas de seguridad y reinserción social³⁰⁵. De otro lado, es importante resaltar que parte de la regulación de dichas consecuencias jurídicas del delito se encuentra también en otras partes de este documento normativo, concretamente en los artículos

consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica, op. cit. pp. 5 y ss.

³⁰⁴ Agustín JORGE BARREIRO, "Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho", ob. cit., pp. 567 y s.; el mismo, "Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado", op. cit., pp. 600 y ss.; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción*, ob. cit. p. 38. Véase también, ROMEO CASABONA, Carlos María, "El anteproyecto de Código Penal de 1992", ob. cit., pp. 12 – 16; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio / CASARES PASCUAL, Beatriz, "Políticas de seguridad, control preventivo y peligrosidad. La construcción del orden social securitario", en "Eguzkilore", *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 23, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2009, pp. 159 y ss.

³⁰⁵ Este conjunto de preceptos han sido insertados dentro del Título IV ("De las medidas de seguridad") del Libro I del CP, y ha sido dividido en dos capítulos: El primero "De las medidas de seguridad en general" comprende los artículos 95 a 100, y el segundo "De la aplicación de las medidas de seguridad" comprende los artículos 101 a 108. Cabe resaltar que este segundo capítulo ha sido subdividido en dos secciones: Sección 1 "De las medidas privativas de libertad" (artículos 101 a 104) y, por último, Sección 2 "De las medidas no privativas de la libertad" (artículos 105 a 108).

1.2, 2.1 y 6 CP³⁰⁶⁻³⁰⁷, así como en la Disposición Derogatoria Única 1.c)³⁰⁸. De otro lado, conviene igualmente resaltar que las directrices establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —influenciada a su vez por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950— han sido incorporadas en la regulación de las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995³⁰⁹. Por otro lado, conviene recordar que una eventual aplicación de medidas de seguridad debe también observar básicamente tres

³⁰⁶ Por medio de los cuales se incorporan los principios legalidad, irretroactividad y proporcionalidad en materia de medidas de seguridad. Cfr. Fábio Roque DA SILVA ARAÚJO, “O principio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, num 80, 2009, pp. 38 y 39; Ángel SANZ MORÁN, “Sobre la justificación de las medidas de seguridad”, en *Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, cit. p. 969 y ss.

³⁰⁷ Aunque debemos resaltar que, más adelante (vid. *infra* Capítulo V), realizaremos una serie de acotaciones respecto de la forma en la que, al menos de *lege ferenda*, debemos entender por tales principios.

³⁰⁸ Por medio de la cual, como sabemos, se deroga la Ley 16/1970 de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970. Cfr. MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la ley de peligrosidad y rehabilitación social?”, *op. cit.*, pp. 1142-1154.

³⁰⁹ Cfr. Asier URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, *op. cit.* pp. 17 y ss.

preceptos constitucionales de especial importancia: el artículo 25.2³¹⁰, el artículo 10.1³¹¹ y, por último, el artículo 15³¹².

Finalmente, es necesario indicar que las medidas de seguridad —*cuya índole y duración tendrán que establecerse en función de la peligrosidad y, por tanto, de la personalidad*³¹³ del condenado— según la legislación penal vigente pueden ser³¹⁴:

a. Medidas de seguridad privativas de libertad:

- a.1. El internamiento en centro psiquiátrico,
- a.2. El internamiento en centro de deshabituación, y
- a.3. El internamiento en centro educativo especial.

b. Medidas de seguridad no privativas de libertad:

³¹⁰ Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.

³¹¹ La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

³¹² Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...

³¹³ Agustín JORGE BARREIRO, “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, *ob. cit.*, pp. 567 y s.; el mismo, “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado”, *op. cit.*, pp. 600 y ss.; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, *ob. cit.* p. 39; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio / CASARES PASCUAL, Beatriz, “Políticas de seguridad, control preventivo y peligrosidad. La construcción del orden social securitario”, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

³¹⁴ Cfr. Artículo 96 del Código Penal.

- b.1. La inhabilitación profesional.
- b.2. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.
- b.3. La libertad vigilada³¹⁵
- b.4. La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
- b.5. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

³¹⁵ Cabe indicar que, según lo dispuesto por el artículo 106 del CP, la libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a. La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b. La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c. La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d. La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g. La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h. La prohibición de residir en determinados lugares.
- i. La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j. La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k. La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

b.6. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

II. RESPUESTAS PENALES PARA SUJETOS IMPUTABLES PELIGROSOS

2.1. El tratamiento de los sujetos peligrosos en la historia del ordenamiento jurídico español

A diferencia de algunos sistemas penales de países culturalmente cercanos a España, el Código Penal de 1995 no articuló —sino hasta la reforma operada en 2010— una respuesta particularmente direccionada a tratar el problema del delincuente imputable peligroso. Cabe indicar que el ordenamiento jurídico español incluso ha llegado a desconocer el concepto criminológico de habitualidad y peligrosidad criminal³¹⁶. No obstante, la legislación penal nacional no siempre ha adolecido de esta carencia.

En efecto, el Código Penal de 1928 —que además fue el primero que incorporó, con ese nombre, a las medidas de seguridad al Derecho positivo español— recogió, en sus artículos 90.7, 103 y 157, la medida de retención en establecimiento especial de los delincuentes habituales o incorregibles³¹⁷; por su parte, el Código Penal de 1932 previó la agravación de la pena en un grado a partir de la segunda reincidencia. La Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, introduce, en el artículo 3, la figura del delincuente habitual como categoría de estado peligroso y establece como respuesta una medida de

³¹⁶ Véase Capítulo III, epígrafe 2.3.1. Cfr. también, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y persona*, ob. cit., pp. 106 y ss.; el mismo, “Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables (con especial referencia al Proyecto CP 1994)”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Segundo Volumen, Universitat de Valencia, Valencia, 1997, p. 791.

³¹⁷ Cfr. por todos, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, ob. cit., p. 39.

internamiento en un centro de custodia³¹⁸. Por su parte, el Código Penal de 1944 estableció una agravación de la pena aún mayor, pues como se puede ver de la lectura de la regla 6ª del artículo 61, a partir de la segunda reincidencia tenían los jueces que aplicar la pena superior en un grado de modo obligatorio y en dos grados de modo facultativo. Posteriormente, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, prevé para los delincuentes habituales la medida de internamiento en un establecimiento de trabajo o de custodia, pero como dichos centros no se llegaron a implementar, se recurría para estos fines a los centros penitenciarios normales³¹⁹. Posteriormente, mediante la Ley de 28 de diciembre de 1978 se vuelve a optar por la previsión de una agravación facultativa de la pena en un grado para la multirreincidencia³²⁰.

Sin embargo, serán los distintos Proyectos de Código Penal posteriores a la Constitución Española de 1978 los que proporcionen una respuesta específica al problema del delincuente imputable peligroso.

El Proyecto de Código penal de 1980 distingue los conceptos de delincuente habitual, delincuente profesional y delincuente habitual de delitos

³¹⁸ Cfr. por todos, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, ob. cit., p. 39; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, "Habituales y reincidentes", en *Revista de Derecho Penal Lex Nova*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dir.), Valladolid, 2007, p. 272 y 273.

³¹⁹ Cfr. por todos, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, ob. cit., p. 39; MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la ley de peligrosidad y rehabilitación social?", *op. cit.*, pp. 1142-1154; MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, "El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo XXXI, Fascículo II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Mayo-agosto, 1978, pp. 317 y ss.

³²⁰ MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, "El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español", *op. cit.*, pp. 317 y ss.

culposos o de riesgo cometidos con vehículo de motor. Se considera habitual, al delincuente que, habiendo sido condenado por tres o más delitos, no cancelados registralmente, estime el Tribunal, en declaración expresa, que la comisión de tales delitos hagan presumible su inclinación a delinquir; en este supuesto se impone, como complemento de la pena impuesta por razón del delito cometido, la medida de internamiento en un centro de terapia educativa o de rehabilitación social y los previstos para estos sujetos por el plazo que señale el Tribunal, sin que pueda exceder de 10 años. Cumplido el tratamiento, el Tribunal puede aplicar todas o algunas de las medidas previstas en el artículo 135 del Proyecto, apartados 8º, 9º, 12º, 13º y 14º (prohibición de residencia en lugar determinado, prohibición de concurrir a determinados lugares o encontrarse fuera de su domicilio a determinadas horas, privación del derecho de conducir, privación del derecho a portar armas y asistencia por delegados del Juez de vigilancia).

Delincuente profesional, para el Proyecto de 1980 es el habitual que vive en todo o en parte de las ganancias del delito; la medida a imponer, como complemento de la pena, es la de internamiento en un centro de rehabilitación social por un tiempo no superior a quince años; cumplido el periodo de internamiento, el Tribunal puede acordar todas o alguna de las medidas previstas en el artículo 135, apartados 7º, 8º, 9º, 12º, 13º y 14º del Proyecto³²¹.

³²¹ ANGEL JOSÉ SANZ MORÁN, *De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso*, en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, p. 1085; AGUSTÍN JORGE BARREIRO, *Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del estado de derecho*, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Navarra, 2005, p. 566; el mismo, *Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, *op. cit.*, pp. 600 y ss.; LUIS GRACIA MARTÍN, *Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reincursión social en el Derecho español*, en *Direito Penal Contemporâneo, Estudos em*

Por último, delincuente habitual en los delitos culposos o de riesgo cometidos con vehículos de motor, es aquel que ha sido condenado, en un plazo no superior a cinco años, por tres o más delitos de aquella clase no cancelados registralmente; además de la pena correspondiente, se impone la medida de privación del permiso de conducir por tiempo de cinco a quince años, medida que adquiere carácter definitivo en los supuestos en los que el Tribunal declare la gravedad de la peligrosidad del sujeto para el tráfico.

Mediante la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se dispuso la supresión total de los efectos de la multirreincidencia; a diferencia de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP) de 1983, que, establece dos supuestos de habitualidad: el delincuente habitual y el habitual de delitos imprudentes o de riesgo cometidos con vehículo de motor. La definición de ambas figuras coincide con las previstas en el Proyecto de Código Penal de 1980³²². Varía, no obstante, la medida a imponer en el supuesto de delincuentes habituales: internamiento en un centro de terapia social que no puede exceder de cinco años, internamiento que puede ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena. Cumplido el periodo de internamiento y el de la pena, el Tribunal puede imponer las reglas de conducta que prevé el artículo 101 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal (sumisión a tratamiento externo, obligación de residencia, prohibición de residencia, prohibición de concurrir a determinados lugares, custodia familiar, prohibición de portar armas, asistencia por delegados del Juez de vigilancia y caución de conducta). Respecto de los delincuentes habituales de

homenagem ao Professor José Cerezo Mir, LUIZ REGIS PRADO (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007, p. 42; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, "Habituales y reincidentes", en *Revista de Derecho Penal Lex Nova*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Valladolid, 2007, p. 272 y 273.

³²² Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, "Habituales y reincidentes", ob. cit, 272 y 273.

delitos imprudentes o de riesgo cometidos con vehículo de motor, desaparece el carácter definitivo de la privación del permiso de conducir³²³.

El Borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990 omite, por el contrario, toda referencia al concepto de tratamiento del delincuente habitual³²⁴. Dicha situación se mantiene hasta el momento actual, y no parece que, por el momento, vaya a ser alterada. En efecto, el Proyecto de Reforma de Código Penal de 2006 no comporta ningún cambio respecto del tratamiento del delincuente imputable peligroso previsto por el Código Penal actual; la única novedad que incorpora es la posibilidad de someter al penado a programas de tratamiento terapéutico o educativo y, cumplida la condena, decretar la libertad vigilada por un máximo de dos años³²⁵.

2.2. Respuestas penales para sujetos imputables peligrosos en el Código Penal de 1995

2.2.1. Respuestas penales articuladas en la formulación original del Código Penal

a. La agravante de reincidencia

³²³ Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y reincidentes”, *ob. cit.*, 272 y 273; CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, “Reincidencia. Problemática jurídica y criminológica”, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

³²⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María, “El anteproyecto de Código Penal de 1992”, *ob. cit.*, pp. 12 – 16.

³²⁵ Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y reincidentes”, *ob. cit.*, 272 y 273.

Como señala CEREZO, el Derecho Penal moderno responde ante la comisión de un delito, bien con penas, bien con medidas de seguridad y reinserción social³²⁶. Tal y como hemos indicado anteriormente, el Código penal de 1995 no abordaba la cuestión del delincuente imputable peligroso desde la perspectiva del derecho de medidas, pues de la lectura de los artículos 101 al 104 del Código penal, resulta claro que únicamente cabía aplicar medias de seguridad y reinserción social a sujetos inimputables o, al menos, semiimputables³²⁷.

Así las cosas, el modelo español, no dejaba al intérprete del Derecho otra opción que el recurso a la aplicación de la agravante de reincidencia³²⁸

³²⁶ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción*, ob. cit. p. 22; Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y persona*, ob. cit., p. 101; CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, "Reincidencia. Problemática jurídica y criminológica", op. cit., pp. 15 y ss; SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, op. cit, pp. 31 y ss.

³²⁷ GARCÍA ALBERO, Ramón, "Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?", en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp.127-129.

³²⁸ Tenemos que recordar que dicha agravante no ha sido concebida con el fin de hacer frente a la peligrosidad manifestada por un sujeto, sino más bien, para hacer frente a la mayor culpabilidad revelada por la comisión de un nuevo delito. Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, PG III*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 168; Leonardo Isaac YAROCHEWSKY, *Da reincidência criminal*, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2005, pp. 81 y ss.; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, "Habituales y reincidentes", en *Revista de Derecho penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 83 y ss.; Mercedes ALONSO ÁLAMO, *Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia*, en "Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón", Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 71.; Cristina GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual, Regulación legal, avance crítico y propuesta de lege ferenda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 59 y ss.; GARCÍA ALBERO, Ramón, "Ejecución de penas

para hacer frente a la actuación del delincuente imputable peligroso, por lo que la única respuesta a este problema tenía lugar en el ámbito de la determinación, cuantificación y ejecución³²⁹ de la pena.

No podemos dejar de mencionar que dicha agravante ha sido hartamente discutida y criticada fundamentalmente respecto de su constitucionalidad — que fue finalmente declarada por la STC 150/1991, de 4 de julio— y su fundamentación³³⁰, lo que ha llevado a un amplio sector de la doctrina a propugnar su supresión o, al menos, su apreciación facultativa³³¹. Prevista en el artículo 22.8 del Código Penal ha sido, no obstante, objeto de una profunda reinterpretación por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fundamentalmente a raíz de la Sentencia de 6 de abril de 1990, en relación con los requisitos que han de darse para su apreciación, además de los formales expresamente previstos en el mencionado artículo, lo que permite afirmar,

en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, op. cit., 127-129.

³²⁹ Como vimos en el capítulo anterior, ante la comprobación de que el condenado es criminalmente peligroso, se eliminan las posibilidades de gozar de los beneficios de suspensión de la ejecución de la pena, sustitución de la misma por otra —no privativa de libertad— o, finalmente, de la libertad condicional.

³³⁰ ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “*Habituales y reincidentes*”, en *Revista de Derecho penal*, ÁNGEL TORÍO LÓPEZ / ÁNGEL SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 78; JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y persona*, ob. cit., p. 95; CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, “Reincidencia. Problemática jurídica y criminológica”, op. cit., pp. 15 y ss.

³³¹ Así, Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Código penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2A, Parte General, Editorial Hammurabi, 2007, p. 342.

como indica PRATS CANUT, que “la historia de la reincidencia es la historia de su limitación”³³².

En relación con su fundamentación, conviene resaltar que, sin ánimo de entrar en posibles discusiones al respecto, modernamente se ha impuesto el criterio, tanto en la doctrina³³³ como en la jurisprudencia, de que la agravante de reincidencia ha sido concebida para hacer frente a la mayor culpabilidad revelada por un sujeto ante la comisión de un nuevo delito³³⁴. En este sentido, sería la mayor culpabilidad del agente (revelada por la reincidencia) la razón por la cual el juez tendría que agravar la sanción penal.

³³² J. M. PRATS CANUT, *Comentario al artículo 22.8 CP*, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.), Navarra, 2004, p. 266; CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, “Reincidencia. Problemática jurídica y criminológica”, op. cit., pp. 15 y ss.

³³³ Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, PG III*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 168; Leonardo Isaac YAROCHEWSKY, *Da reincidência criminal*, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2005, pp. 81 y ss.; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 83 y ss.; Mercedes ALONSO ÁLAMO, *Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia*, en “*Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*”, Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 71.; Cristina GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual, Regulación legal, avance crítico y propuesta de lege ferenda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 59 y ss.

³³⁴ Como sabemos, la discusión sobre la fundamentación de esta agravante se ha plasmado también en la doctrina jurisprudencial. Cabe resaltar que se ha sostenido, aunque de forma aislada, que la reincidencia no estaría vinculada con la mayor culpabilidad del agente, sino más bien con la personalidad del mismo (“[...] En efecto, la reincidencia es el fundamento de una respuesta penal orientada a la personalidad del autor y no a la culpabilidad por el hecho, tal como se lo reconoció en la STC 150/1991 [...]”). Cfr. la STS 917/2000 de 30 de mayo RJ 2000\5236, Ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER.

Para la apreciación de la reincidencia es preciso, en primer lugar, que en el momento de cometer el delito por el que es juzgado, el delincuente hubiera sido ejecutoriamente condenado; es decir, que, al tiempo de cometer el delito, el culpable haya sido previamente condenado por sentencia firme, sentencia contra la que no cabe recurso alguno; firmeza que no implica la necesidad de que la condena esté cumplida.

En segundo lugar, es necesario que la condena sea impuesta por un delito de los comprendidos en el mismo Título que aquél por el que se juzga, y que ambos delitos tengan la misma naturaleza. Como se puede apreciar, el Código Penal parte del criterio formal de que los delitos estén comprendidos en el mismo Título y lo completa con el criterio material de que sean de la misma naturaleza, de manera que el juez, para apreciar la agravante debe efectuar un juicio de equiparación de las penas a imponer.

La combinación de ambos criterios permite extraer las siguientes conclusiones: sólo cabe apreciar la reincidencia en relación con los delitos, pero no con las faltas; no es posible apreciar la reincidencia si los delitos, aunque sean de la misma naturaleza, se encuentran en títulos distintos, o uno regulado en el Código penal y otro en una Ley penal especial y, tampoco, entre un delito doloso y otro imprudente.

Finalmente, en tercer y último lugar es necesario que los antecedentes no hayan sido, o hubieran podido ser, cancelados.

La concurrencia de los requisitos señalados anteriormente conlleva una agravación de la pena por aplicación de la regla 3ª del artículo 66 del Código Penal (pena en mitad superior); agravación que se exaspera, en virtud de la regla 5ª del artículo 66, si al delinquir el sujeto hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos de los comprendidos en el mismo Título del Código y de la misma naturaleza, en la medida que se permite imponer la pena superior en grado a la señalada por la ley para el delito de que

se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito.

Como veremos en el epígrafe siguiente, junto a la reincidencia, como mecanismo que incide en la determinación de la pena, la formulación original del Código Penal reaccionaba a través de instrumentos que inciden en la fase de ejecución de la misma: el reincidente en cuanto puede ser considerado peligroso o siempre que reúna los requisitos para serlo (lo cual ocurrirá en repetidas ocasiones) tendrá vetado o restringido el acceso a algunos beneficios penitenciarios. En efecto la existencia de anteriores condenas afecta, principalmente, a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículos 80 - 87). En virtud del artículo 81,1^a para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no superior a dos años es requisito indispensable que el condenado haya delinquido por primera vez; en consecuencia, el reincidente de delitos dolosos (ya que el propio precepto establece que “a tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes”) tiene imposibilitado el acceso a este sustitutivo penal. Por otro lado, el artículo 87.2^a, relativo a la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a cinco años impuestas a aquellos que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia del alcohol o sustancias tóxicas, establece que, en el supuesto de que el condenado sea, además, reincidente, el Juez o Tribunal habrá de valorar por resolución motivada la oportunidad de conceder o no este beneficio; es decir, al reincidente el legislador le exige más formalidades que al resto de delincuentes.

Otros efectos, por ultimo de la agravante de reincidencia tienen que ver con la concesión del indulto, la libertad condicional y la interrupción del plazo de prescripción de la pena.

b. Imposibilidad de aplicación de ciertos beneficios penales

Como hemos visto, es posible que el Juez o Tribunal determinen que un sujeto plenamente imputable puede en algunos casos ser, por añadidura, peligroso. En este sentido, de constatarse que un sujeto imputable es además peligroso, el juzgador, según lo establecido por la formulación primigenia del Código Penal de 1995, podría adoptar cualquiera de las siguientes decisiones:

b.1. Declarar la imposibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad

Como es sabido, los artículos 80 a 87 del Código Penal han sido dedicados a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena³³⁵. Es necesario indicar que, aunque aparentemente esta figura no podría aplicarse a delincuentes de criminalidad grave —dado que, como se establece en el número 1 del artículo 80, sería únicamente aplicable a las personas a las que se

³³⁵ Véase HURTADO YELO, Juan José, “La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 5/2009, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 149-165, Acceso electrónico [<http://www.westlaw.es>]; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción, Sexta edición*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pp. 37-38; JORGE BARREIRO, Agustín, “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, *ob. cit.*, p. 569; el mismo, “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado”, *op. cit.*, pp. 600 y ss.; GARCÍA ALBERO, Ramón, “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, *op. cit.*, p. 128-129.

les haya impuesto una pena privativa de libertad no mayor de dos años³³⁶⁻³³⁷ — es posible que sea aplicada a ciertos delitos graves pues en el dispositivo correspondiente no se hace referencia a penas abstractas sino más bien a penas concretas ya impuestas por el Juez o el Tribunal³³⁸, por lo que se dejaría abierta la posibilidad de suspender la ejecución de la pena a los delincuentes habituales peligrosos³³⁹.

³³⁶ Es necesario dejar anotado que excepcionalmente podrá suspenderse la ejecución de la pena cuando ésta sea inferior a cinco años únicamente cuando el hecho delictivo hubiera sido cometido a causa de la dependencia del sujeto activo a las sustancias señaladas en el artículo 20.2 del Código penal (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos).

³³⁷ Es necesario, asimismo, dejar apuntado que la doctrina ha considerado desacertada la posibilidad de suspender la ejecución de la pena cuando ésta sea de corta duración (no mayor a dos años), pues ésta implicaría un grave menoscabo de las exigencias de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico en aras de la prevención especial. Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, Sexta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 37; CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, "Reincidencia. Problemática jurídica y criminológica", *op. cit.*, pp. 15 y ss.; HURTADO YELO, Juan José, "La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad", *op. cit.*, pp. 149-165.

³³⁸ Véase José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, *ob. cit.*, p. 38; CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, "Reincidencia. Problemática jurídica y criminológica", *op. cit.*, pp. 15 y ss.; HURTADO YELO, Juan José, "La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad", *op. cit.*, pp. 149-165.

³³⁹ Angel José SANZ MORÁN, *De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso*, en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, p. 1085; Agustín JORGE BARREIRO, "Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del estado de derecho", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Navarra, 2005, p. 566; el mismo, "Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado", *op. cit.*, pp. 600 y ss.; Luis GRACIA

Por otra parte, es preciso dejar anotado que el procedimiento para concederla, es decir, la decisión sobre su acuerdo, es potestativa por parte del Juez o del Tribunal. Según establece el artículo 82 del Código Penal el órgano que ha conocido la causa debe decidir en relación con la concesión de la misma, constatando el cumplimiento de los requisitos, una vez declarada la firmeza de la sentencia.

La decisión sobre su acuerdo se debe tomar, tal y como lo especifica el artículo 80.1, mediante resolución motivada, es decir, mediante auto, donde el mismo precepto indica que es necesario tener en cuenta fundamentalmente la peligrosidad criminal del sujeto, así como la existencia de otros procedimientos penales contra el mismo. Ello deja clara la incorporación de la peligrosidad criminal del sujeto como elemento a valorar para acordar su concesión, lo que nos llevaría a deducir que ante la presencia de un individuo que haya sido declarado criminalmente peligroso el juzgador no podrá, de ninguna forma, suspender la ejecución de la pena, salvo que el sujeto haya actuado bajo la influencia de las sustancias señaladas en el artículo 20.2 del Código Penal.

En efecto, el artículo 87 prevé un tratamiento especial para los delitos que hayan sido cometidos bajo la influencia de ciertas sustancias tóxicas; en estos supuestos el requisito para la suspensión de la pena, que consiste en que ésta sea inferior a dos años, es ampliado a 5 años, y además se deja clara constancia de que a pesar de que la peligrosidad del delincuente se haya manifestado por la reincidencia (número 2 del artículo 87) el Juez o el

MARTÍN, *“Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reincursión social en el Derecho español”*, en *Direito PenalContemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Luiz REGIS PRADO (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007, p. 42; HURTADO YELO, Juan José, *“La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad”*, *op. cit.*, pp. 149-165.

Tribunal aún pueden conceder el beneficio de la suspensión de la pena atendiendo a las circunstancias del hecho y del autor, lo que a nuestro juicio genera graves problemas de incertidumbre jurídica, pues la decisión que eventualmente se tome por un hecho en concreto podría variar de un Juez a otro.

b.2. Declarar la imposibilidad de la sustitución de las penas privativas de libertad

Como sabemos, para el caso que nos ocupa³⁴⁰ procede la sustitución de las penas privativas de libertad —regulada en los artículos 88 y 89 del Código Penal vigente— por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad cuando, previa audiencia de partes, las penas de prisión no excedan de un año y, excepcionalmente, las que no excedan de dos años siempre y cuando, de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de la pena de prisión habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social³⁴¹.

De forma similar al tratamiento que merece la cuestión de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la presencia manifiesta de peligrosidad en el sujeto condenado a una pena privativa de

³⁴⁰ En efecto, además de los dos supuestos de sustitución de penas privativas de libertad que mencionaremos en este párrafo, proceden otra forma de sustitución (la expulsión del territorio español) cuando el autor de un hecho delictivo sea un extranjero no residente legalmente en España. Véase su regulación en el artículo 89 del Código Penal español.

³⁴¹ GARCÍA ALBERO, Ramón, “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, op. cit., p. 128-129.

libertad superior a tres meses e inferior a un año, acarreará la imposibilidad de aplicar el beneficio de la sustitución de la pena privativa de libertad por una de multa o de trabajo en beneficio de la comunidad. En efecto, tanto el primer párrafo del número 1 del artículo 88 (que regula la sustitución de penas inferiores a un año) como el segundo párrafo del mismo precepto (que establece los requisitos que han de concurrir para que pueda proceder la sustitución de penas privativas de libertad no mayores de dos años) establecen que la sustitución de la pena podrá llevarse a cabo siempre que no se trate de reos habituales³⁴². En este sentido, parece ser que el codificador español ha intentado estructurar un precepto que establezca un mecanismo que elimine la posibilidad de que un sujeto peligroso pueda acceder a dicho beneficio. No obstante, conviene dejar anotado, al hilo de lo que indicábamos anteriormente, que existe la posibilidad de que un delincuente habitual no sea peligroso, por lo que creemos que, en el supuesto de que el legislador insista en la idea de que la vía adecuada para hacer frente a la peligrosidad criminal es aquella que establezca mecanismos que permitan el endurecimiento de ejecución de la pena³⁴³, dicho dispositivo debería modificarse en el sentido de hacer prevalecer la noción de “peligrosidad” en vez de la de “delincuentes habituales”.

b.3. Declarar la imposibilidad de la concesión del beneficio de la libertad condicional

³⁴² Hay que resaltar que los supuestos de sustitución de la pena privativa de libertad no superior a dos años por una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad en vista de que el cumplimiento de aquellas frustraría los fines de prevención especial, para un amplio sector doctrinal quebrantarían las exigencias de la prevención general u de la reafirmación del ordenamiento jurídico. Véase José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, ob. cit., p. 36.

³⁴³ Idea que en su momento (Capítulo V) criticaremos.

Finalmente, la última consecuencia de la detección de peligrosidad criminal en el condenado puede acarrear, según lo establecido por los artículos 90 – 93 del Código Penal vigente, que el Juez no conceda el beneficio de la libertad condicional³⁴⁴.

En efecto, es requisito indispensable para la concesión de este beneficio —por medio del cual el condenado puede dejar de cumplir hasta una cuarta parte de la pena (véase el artículo 90.1.b.)— que el agente haya observado una buena conducta y que exista en su favor un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria —véase el artículo 90.1.c.—.

c. Crítica a la formulación original del Código Penal

Como acabamos de ver, el legislador español de 1995 en un primer momento no articuló una respuesta penal que esté específicamente direccionada al tratamiento del delincuente imputable peligroso, por lo que, en estos supuestos, la práctica judicial se ha visto en la necesidad de recurrir a la agravación de la pena —en virtud de lo establecido en el artículo 22, núm. 8.º del Código Penal (agravante de reincidencia)— y/o a la exasperación de la ejecución de la misma³⁴⁵, a que la peligrosidad criminal o la mera habitualidad criminal de un sujeto en algunas ocasiones pueda imposibilitar el acceso a los beneficios penales de suspensión (artículos 80, núm. 1.º; 81, 1.ª; 87, núm. 2) y

³⁴⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón, “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, op. cit., p. 128-129.

³⁴⁵ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y persona*, ob. cit., pp. 106 y ss.

sustitución de las penas privativas de libertad (artículo 88, núm. 1.º, primer y segundo párrafo), así como a la libertad condicional (artículo 90, núm. 1.º C; artículo 92, núms. 1.º, 2.º y 3.º)³⁴⁶.

En este sentido, conviene poner de manifiesto que esta forma de responder frente a la actuación del delincuente imputable peligroso — exasperando la pena y/o limitando el posible acceso a los beneficios penales — no parece, en principio, ser la respuesta más adecuada por diversas razones.

En primer lugar, no debemos olvidar que la agravante de la reincidencia no constituye, en modo alguno, la institución jurídico-penal destinada al tratamiento de la peligrosidad criminal de una persona — plenamente imputable o no — dado que, como señala la doctrina más autorizada, ha sido concebida para hacer frente a la mayor culpabilidad revelada por la comisión de un nuevo delito³⁴⁷. De esta forma, si partimos de la

³⁴⁶ Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*, pp. 36-38; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*. Colección “Estudios de Derecho Penal y Criminología”. ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). Granada: Comares, 2008, pp. 15 y ss.; SANZ MORÁN, Ángel José. De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso, pp. 1088 y 1089; ROBLES PLANAS, Ricardo. “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, pp. 12-14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. *Habituales y Reincidentes*, pp. 78-83.

³⁴⁷ Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, PG III*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 168; Leonardo Isaac YAROCHEWSKY, *Da reincidência criminal*, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2005, pp. 81 y ss.; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 83 y ss.; Mercedes ALONSO ÁLAMO, *Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia*, en “Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón”, Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 71.; Cristina GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual, Regulación legal, avance crítico y propuesta de lege ferenda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 59 y ss.

base de que la pena tiene como fundamento y límite la culpabilidad del sujeto, todo parece indicar que una exasperación de esta sanción, a través de la agravante de reincidencia o la limitación al acceso a ciertos beneficios penales, que tengan como fundamento la peligrosidad criminal revelada por el agente, no constituiría sino un grave atentado con del principio de culpabilidad que, como sabemos, establece la regla —de matiz claramente garantista— de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad³⁴⁸.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que el sujeto reincidente —al menos imputable peligroso— con la repetición del hecho delictivo manifiesta una clara tendencia a la comisión de delitos, por lo que podríamos afirmar que en algunos de estos casos la capacidad de culpabilidad más que verse aumentada, puede verse disminuida. CEREZO MIR ha puesto especial énfasis en estos supuestos al señalar que “Hay que reconocer, sin embargo, que incluso en la reincidencia específica en alguna ocasión puede no ser mayor la capacidad de autodeterminación del sujeto, dada su personalidad o por no haber recibido, de hecho, un tratamiento adecuado para conseguir su reinserción social [...]”. En este sentido, secundamos al Prof. CEREZO MIR, cuando señala que en estos supuestos “la circunstancia agravante de reincidencia debería tener [...] un carácter facultativo”³⁴⁹.

³⁴⁸ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG III, Tecnos, Madrid, 2001, p. 16. Véase también, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2009, p. 293, disponible en: <http://www.uv.es/reccrim/reccrim09/reccrim09a05.pdf>

³⁴⁹ Recordemos, pues, que por imperio de la ley penal vigente (nº 8 del artículo 22 y artículo 66, regla 3ª) la apreciación de dicha agravante es obligatoria. Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit. p. 169.

2.2.2. Respuestas penales introducidas por la reforma del Código Penal en el 2010: La introducción del sistema dualista de consecuencias jurídicas del delito para el delincuente imputable peligroso

La reforma del Código Penal a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor a partir del 23 de diciembre del 2010, ha introducido al ordenamiento jurídico español una serie de novedades que ostentan un especial interés para el tema que ocupa nuestra atención³⁵⁰. En efecto, la nueva redacción del artículo 106 trae consigo un panorama que, al menos en España, ha caído casi en el olvido: la posibilidad de imponer una medida de seguridad, esto es, la *libertad vigilada*, a sujetos imputables, siempre y cuando sean criminalmente peligrosos³⁵¹.

Esta nueva respuesta, según se indica en el Preámbulo de dicha Ley, constituye una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los

³⁵⁰ Así, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La inminente entrada en vigor de la reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 1 y 2; GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, SALAS CARCELLER, Antonio (Dir.), Núm. 6, Aranzadi – Thomson Reuters, p. 184; PIZARRO MAQUEDA, María José, “Cuadro sinóptico de la gran Reforma Penal”, *op. cit.*, p. 187; DE MARCOS MADRUGA, Florencio, “Las modificaciones en el régimen jurídico de las penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código Penal: aspectos penitenciarios”, en *Diario La Ley*, Nº 7576, Sección Tribuna, 24 de febrero de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley, pp. 11 – 13, Acceso electrónico [www.laley.es].

³⁵¹ Conviene recordar que tal situación fue prevista tanto por la Ley 6/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social (Arts. 2, 4, 5, 6 y 7) como por la Ley, de 4 de agosto de 1933, de vagos y maleantes (Arts. 2, 3, 4, 5, 6 y 7). Cfr. al respecto ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, *ob. cit.*, pp. 75 y ss.

márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente.

Conviene poner de manifiesto que, según lo indica el propio legislador, la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa³⁵². En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1). En este sentido, es evidente que con esta modificación el legislador español ha introducido el sistema dualista en relación con la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito.

³⁵² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La inminente entrada en vigor de la reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 1 y 2; GARCÍA QUINTAS, Mercedes, “Un Código Penal sin grietas por donde puedan escabullirse las versiones más contemporáneas de la delincuencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 802/2010, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 16; PIZARRO MAQUEDA, María José, “Cuadro sinóptico de la gran Reforma Penal”, *op. cit.*, p. 187; DE MARCOS MADRUGA, Florencio, “Las modificaciones en el régimen jurídico de las penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código Penal: aspectos penitenciarios”, *op. cit.*, pp. 11 – 13.

Según reza el Preámbulo, en cuanto a su la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada.

Su duración, en fin, se mantiene en general en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada, pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad postpenitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo.

Conviene poner de manifiesto que la reforma también ha traído consigo la posibilidad imponer al delincuente imputable peligroso la obligación de someterse a un tratamiento médico externo así como al control médico periódico, por lo que todo parece indicar que el legislador por fin se ha atrevido a abordar —de forma permisiva— el recurrente tema de la castración química y de los controles médicos invasivos.

Como veremos más adelante [Capítulo VI, Epígrafe 2.2], se han establecido una serie de garantías (exigencia del consentimiento, revisión anual del pronóstico de peligrosidad, etc.) que tienden a garantizar que esta nueva situación se desarrolle en armonía con los principios y garantías que fundamentan al Estado de Derecho así como al Derecho penal mismo.

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO Y A LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN AL DERECHO PENAL EN RELACIÓN CON ELLAS

I. BREVES CONSIDERACIONES PARA LA AFINACIÓN DE LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON EL FUNDAMENTO Y FINES DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Como es sabido, hasta hace muy pocos años la doctrina solía asumir de forma prácticamente unánime que, ante la comisión de un hecho delictivo, la elección de una u otra consecuencia jurídica del delito —esto es, penas o medias de seguridad— tendría que llevarse a cabo una vez que se hubiese evaluado y determinado la capacidad de culpabilidad o inculpabilidad del condenado³⁵³.

³⁵³ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte. Penas y medidas de seguridad. Sistemas penales. Clasificaciones de las penas. Las penas en particular*, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2009, pp. 63 y ss.; JORGE BARREIRO, Agustín, “Medidas de seguridad” en *Enciclopedia penal básica*, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Comares, Granada, 2002, p. 927; el mismo, “Reflexiones sobre la

En este sentido, de forma mayoritaria se coincidía con la regla que hasta hace poco prescribía el Derecho positivo español³⁵⁴, que establecía que, por una parte, las medidas de seguridad únicamente podían ser aplicadas a un sujeto que previamente haya sido declarado inimputable o, al menos, semiimputable³⁵⁵ y, por otra, que las penas, en virtud del principio de culpabilidad, eran de aplicación cuando la imputabilidad del agente ha quedado suficientemente probada³⁵⁶.

Así las cosas, el Derecho positivo español hasta hace poco parecía presentarnos una suerte de silogismos que podrían esquematizarse de la siguiente manera:

problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado”, en *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.), Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 600 y ss.; SANZ MORÁN, Ángel J., “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en *Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 969 y ss.

³⁵⁴ Dicha situación, como anteriormente hemos indicado, ha sido modificada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial del Estado Núm. 152 del Miércoles 23 de Junio de 2010, Sec. I, pp. 54811 y ss.

³⁵⁵ En virtud de lo establecido en el Capítulo Segundo del Título IV del Libro I del Código Penal: Las medidas de seguridad únicamente pueden ser aplicadas a un sujeto que haya sido declarado exento de responsabilidad criminal conforme a los números 1, 2 y 3 del artículo 20 CP, así como también en los casos que se configure una eximente incompleta en relación con los mismos supuestos.

³⁵⁶ En este mismo capítulo volveremos sobre el tema.

	SILOGISMO 1	SILOGISMO 1
Premisa mayor	Sólo se puede imponer una pena a los sujetos plenamente imputables.	Sólo se puede imponer una medida de seguridad a los sujetos inimputables o semiimputables.
Premisa menor	“X” es un sujeto inimputable.	“Y” es un sujeto imputable.
Conclusión	A “X” no se le puede imponer una pena.	A “Y” no se le puede imponer una medida de seguridad.

De esta forma, y teniendo en cuenta tanto lo que prescribía de forma genérica el ordenamiento jurídico español en cuanto a las consecuencias jurídicas del delito aplicables a sujetos imputables (peligrosos o no), así como la carencia de una respuesta penal que esté específicamente direccionada al tratamiento de esta clase de delincuentes no cabe duda que al intérprete de la norma no le quedaba otra opción que la de tratar de resolver el asunto a través de la pena (agravándola o limitando el acceso a beneficios penales)³⁵⁷, dado

³⁵⁷ Ya en el Capítulo anterior habíamos señalado que en los supuestos en los que se juzga un delito cometido por un delincuente imputable peligroso, la práctica judicial se ha visto en la necesidad de recurrir a la agravación de la pena —en virtud de lo establecido en el artículo 22, núm. 8.º del Código Penal (agravante de reincidencia)— y/o a la exasperación de la ejecución de la misma, a que la peligrosidad criminal o la mera habitualidad criminal de un sujeto en algunas ocasiones pueda imposibilitar el acceso a los beneficios penales de suspensión (artículos 80, núm. 1.º; 81, 1.ª; 87, núm. 2) y sustitución de las penas privativas de libertad (artículo 88, núm. 1.º, primer y segundo párrafo), así como a la libertad condicional (artículo 90, núm. 1.º C; artículo 92, núms. 1.º, 2.º y 3.º).

Fundamentales en el análisis de estas cuestiones, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob.

que al tratarse de buscar una respuesta penal aplicable a delincuentes imputables, la posibilidad de aplicación del derecho de medidas quedaba, sin duda, descartada (Capítulo Segundo del Título IV del Libro I de la versión original del Código Penal de 1995).

No obstante, en la actualidad un importante sector de la doctrina, así como algunos sistemas en Derecho comparado se han decantado por proponer o resolver la cuestión a través del recurso a la aplicación de medidas de seguridad³⁵⁸.

Conviene resaltar que, como quiera que uno de los aspectos más importantes de la presente investigación está constituido por la toma de postura respecto de la pregunta de si el tratamiento del delincuente imputable criminalmente peligroso debe ser resuelto únicamente en el ámbito de la pena o si es factible —al menos de *lege ferenda*— el recurso al Derecho de medidas para complementar la reacción penal, es necesario que previamente afinemos algunos criterios en relación con los fines y fundamentos de ambas consecuencias jurídicas del delito, así como las notas características más importantes de los principios que informan al Derecho Penal y, desde luego, al Estado de Derecho mismo, con el fin de evitar que la propuesta que en su momento expondremos incurra en ciertas incompatibilidades o incongruencias con las instituciones jurídicas que guardan estrecha relación con la teoría de las consecuencias del delito y, por ende, con la teoría misma del Derecho Penal.

cit., pp. 68-73; CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, ob. cit, pp. 20 y 21; el mismo, *Curso de Derecho penal español, PG III*, ob. cit., 173-176; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, ob. cit., pp. 83-90.

³⁵⁸ Analizaremos los sistemas más novedosos en el Capítulo siguiente.

1.1. La pena

Como sabemos, tanto la doctrina mayoritaria³⁵⁹, como el Código Penal vigente³⁶⁰ han dado cabida a los planteamientos derivados de la teoría unitaria

³⁵⁹ Cfr. por todos, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 503 y ss.; “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, en *Separata del Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-1972, pp. 280 y ss.; *Estudios de Derecho Penal*, 3ª Edición, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 175 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 21 y ss.; *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1996, pp. 59 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 27 y 28; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, CANCIO MELIÁ y GÓMEZ JARA-DÍEZ (Coords.), Editorial BdeF, Buenos Aires, 2006, pp. 596 y ss.

En contra, Jakobs, para quien la pena es coacción de diversas clases mezcladas en íntima combinación. El profesor alemán, a cuya línea de pensamiento no nos adherimos, explica que, en primer lugar, la pena es coacción en cuando portadora del significado (“interacción simbólica”) de que la afirmación del autor —en cuanto a la desautorización de la norma y el ataque a su vigencia— es irrelevante, manteniéndose, por tanto, la vigencia plena de la norma. De otro lado, dicho autor también sostiene que no serían ajenos a esta reacción penal los fines de prevención especial (inocuidación en concreto), pues a través de ella se materializaría de forma segura durante el tiempo de cumplimiento efectivo de la misma.

Cfr. JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, p. 23. En la doctrina alemana, por todos, HASSEMER, Winfried, “Strafrecht, Prävention, Vergeltung”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Núm. /, 2006, pp. 266 y ss. Acceso electrónico [www.zis-online.com]; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*, Traducción y notas de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel / DE VICENTE REMESAL, Javier, Civitas, Madrid, 1997, pp. 81 y ss.

de la pena, aunando los fines retributivos de la misma (esto es, reafirmación del ordenamiento jurídico), de prevención general y de prevención especial³⁶¹. Este hecho, en concordancia por lo anotado por la doctrina más autorizada, ha de llevarnos necesariamente a la conclusión de que al imponerse una pena, y teniendo las circunstancias específicas del caso concreto, debe ser posible cumplir con todos, algunos o, al menos, uno de los fines anteriormente enunciados pues de lo contrario quedaría desnaturalizada la esencia misma de la pena. Dicho en otras palabras, dado que la pena encuentra su justificación, tanto en el delito cometido, como en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro, será necesario que la retribución o prevención derivada de tal exigencia pueda ser materializada de una u otra forma³⁶².

No obstante, el caso específico del delincuente imputable peligroso presenta una serie de características de las que deriva la necesidad de repensar

³⁶⁰ Recuérdese que en la Exposición de Motivos se señala que “El Código penal define los delitos y las faltas que definen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal”, cuyo sistema de aplicación permite “alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna”.

³⁶¹ Cfr. CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general I*, ob. cit., p. 34.

³⁶² Así, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La seguridad como objetivo político-criminal del Sistema Penal”, en “Eguzkilore”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 20, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2006, pp. 129 y ss.; KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid - Montevideo, 2006, pp. 137 y ss.; HASSEMER, Winfried, “Strafrecht, Prävention, Vergeltung”, *op. cit.*, pp. 266 y ss.

la cuestión de la concurrencia de los requisitos que son necesarios para que la justificación de la pena sea plenamente configurada³⁶³.

En efecto, partiendo de la idea de que, entre otras, la “incurregibilidad”, así como la falta del estímulo derivado de la amenaza de la pena, son características más o menos comunes y extrapolables a la gran mayoría de delincuentes imputables peligrosos, conviene resaltar que pueden encontrarse una serie de dificultades a la hora de comprobar la concurrencia de la posibilidad de conseguir materializar los diversos fines de prevención, tanto especial, como general.

En este sentido, la peligrosidad criminal que porta el condenado —en muchas oportunidades dicha peligrosidad persiste desde condenas anteriores— nos hace ver que son altas las posibilidades de encontrarnos ante un sujeto *incurregible* por lo que difícilmente se podrían cumplir los fines de prevención especial perseguidos por el Derecho positivo³⁶⁴.

³⁶³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, ob. cit. pp. 596 y ss.; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., pp. 68-73; CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, ob. cit. pp. 20 y 21; el mismo, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit., 173-176; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, ob. cit., pp. 83-90.

³⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, ob. cit. p. 589. En el mismo sentido, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., pp. 68-73; CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, ob. cit. pp. 20 y 21; el mismo, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit., 173-176; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, ob. cit., pp. 83-90.

Cabría añadir a ello el hecho, denunciado cada vez más por la doctrina, de que en realidad, la reclusión en un centro penitenciario, lejos de conseguir una serie de efectos positivos en la personalidad del sujeto, conduce de forma habitual al deterioro de la misma, debido, claro está, a la forma en la que se desarrolla el proceso de prisionización, así como, al menos en algunos casos, a la escases de recursos para atender las necesidades de los internos³⁶⁵.

Por otra parte, en relación con la eficacia de la prevención general, conviene poner de manifiesto que del mismo modo la doctrina viene insistiendo en la idea de que no siempre se consigue el efecto intimidatorio deseado. Al igual que lo sucedido con la prevención especial, parece que también en el caso de los delincuentes imputables peligrosos la consecución de dicho objetivo se muestra más difícil que en sujetos no peligrosos.

En efecto, como señala ZAFFARONI, será mucho más fácil que una persona dedicada a actividades delictivas de carácter económico de poca monta se intimide ante una sanción penal (o ante la ejecución de una condena de un *chivo expiatorio*), pues podría razonar de tal manera que llegue a la conclusión de que no vale la pena exponerse a la sanción penal por ganar unos cuantos centavos³⁶⁶. No obstante, CEREZO MIR da cuenta de que no podríamos

³⁶⁵ Con detalle, ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 60 y ss.

³⁶⁶ Según ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR el efecto de disuasión no parece materializarse en el caso del delincuente imputable de peligrosidad grave, bien porque los autores no le temen a la amenaza de la pena, bien porque más bien la consideran un estímulo, o bien porque el autor opera en circunstancias poco propicias para poder reflexionar sobre la amenaza penal.

Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., p. 54. Como acertadamente señalan los autores, “las

decir lo mismo del delincuente peligroso de criminalidad grave —por ejemplo de un asesino en serie— pues la sanción penal, sea cual fuere su modalidad y duración, difícilmente le intimidarán, y mucho menos le motivarán, para comportarse conforme a Derecho.

Así las cosas, baste por lo pronto con esta serie de afirmaciones, para que podamos poner de relieve la necesidad de afinar los criterios para la elaboración doctrinal de la cuestión de los fines de la pena, pues esta tendrá que ajustarse a varios criterios tanto de orden político (en relación con la capacidad económica del Estado), social (en relación con la efectiva consecución de los fines de prevención general), así como también de orden individual (en relación con la efectiva motivación del individuo, bien para readaptarse o, bien para intimidarse)³⁶⁷.

1.2. Medidas de seguridad y reinserción social

únicas experiencias de efecto disuasivo del poder punitivo que se pueden verificar son los estados de terror [provocados] con penas crueles e indiscriminadas”.

³⁶⁷ ANGEL JOSÉ SANZ MORÁN, *De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso*, en *“Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez”*, Madrid, 2006, p. 1085; AGUSTÍN JORGE BARREIRO, *“Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del estado de derecho”*, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Navarra, 2005, p. 566; el mismo, *“Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado”*, *op. cit.*, pp. 600 y ss.; LUIS GRACIA MARTÍN, *“Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reincursión social en el Derecho español”*, en *Direito Penal Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, LUIZ REGIS PRADO (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007, p. 42

Hasta hace poco, en España las medidas de seguridad, cuyo fundamento es la peligrosidad criminal del delincuente³⁶⁸, podían ser aplicadas únicamente a sujetos inimputables o semiimputables que hayan cometido un delito, pero nunca como un instrumento preventivo de una posible reincidencia que pueda sumarse a la pena y ejecutarse con posterioridad a ella durante un tiempo determinado o indeterminado. Incluso en los casos de semiimputabilidad, en los que cabe conjugar pena y medida de seguridad privativa de libertad, la adopción del sistema vicarial hace posible que la medida se ejecute antes que la pena y que su duración sirva para compensar la de ésta (arts. 2, 6, 20 y 95 a 105 del Código Penal)³⁶⁹.

Como sabemos, la legislación penal que hasta hace poco gozaba de plena vigencia no permitía que se impongan medidas de seguridad a sujetos imputables peligrosos³⁷⁰. Esta situación fue objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina contemporánea; llegándose incluso a calificarla como uno de los mayores defectos del Código Penal desde el punto de vista de la política criminal³⁷¹⁻³⁷².

³⁶⁸ Cfr. CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, cit., pp. 77 y ss.; JOSÉ CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte general I*, 2004, pp. 38 y ss.; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pp. 81 y ss.

³⁶⁹ Con mayor detalle, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Cuarta Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 364 y ss..

³⁷⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado", ob. cit. p. 589.

³⁷¹ JOSÉ CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit. pp. 174 y s.

³⁷² El profesor GARCÍA-PABLOS DE MOLINA se manifiesta de modo similar al indicar que "Sin embargo, que sólo puedan aplicarse medidas de seguridad 'a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código', según reza

Entre las medidas de seguridad y reinserción social que revisten mayor interés en relación con el tema del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso —y que, además, han sido ya usadas en algunos países cercanos a nuestro entorno cultural— destacan el internamiento en un centro de terapia social³⁷³, el internamiento en un centro de custodia³⁷⁴ y finalmente la castración química.

Ahora bien, a pesar de que de *lege ferenda* podría recomendarse la inclusión de medidas de seguridad en los supuestos en los que juzgue a personas que además de ser plenamente imputables, son criminalmente

su artículo 95.1º, esto es, exclusivamente a inimputables (art. 20.1º, 2º y 3º) y a semiimputables (eximentes incompletas del artículo 20, 1º, 2º y 3º) en quienes concurren los demás requisitos del artículo 95, no tiene fácil justificación teórica ni político-criminal, porque excluye a sujetos imputables que han delinquido y muestran un evidente pronóstico de peligrosidad criminal (por ejemplo: delincuentes profesionales, habituales, plurireincidentes, etc.); supuestos, por cierto, de gran incidencia estadística en las cifras globales de criminalidad que, contribuyeron en su día a la consolidación de las medidas de seguridad”.

Véase, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Cuarta Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 389 y 390.

³⁷³ Medida que según Cerezo debería ser impuesta de forma voluntaria a aquellos delincuentes imputables peligrosos menores de 25 años con fines estrictamente de prevención general positiva (rehabilitación y reinserción en la sociedad), por lo que tendría que ejecutarse siempre antes de la ejecución de la pena, conforme al sistema vicarial. Cfr. CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general III, Teoría Jurídica del Delito/2*, ob. cit., p. 174.

³⁷⁴ Medida que, sería impuesta de forma obligatoria cuando persista la peligrosidad criminal en personas a las que se pretendió someter o sometió a la medida de internamiento en un centro de terapia social. Cerezo indica que, dado que la medida de internamiento en un centro de custodia está orientada fundamentalmente al fin de aseguramiento, debería aplicarse siempre después de la pena. Cfr. CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general III, Teoría Jurídica del Delito/2*, ob. cit., pp. 16 y ss.

peligrosas, no han faltado críticas respecto del planteamiento. En principio se ha indicado que el resolver la cuestión a través del Derecho de medidas deja total libertad al *ius puniendi* para ejercer su poder de forma ilimitada, esto es sin los límites y garantías que le son propios a las penas. Ello en la medida de que la duración de la reacción penal impuesta encontraría únicamente su límite y medida en la peligrosidad del agente.

De esta forma, la principal consecuencia que derivaría de esta situación estaría constituida por la vulneración del principio de proporcionalidad en virtud del cual se prohíbe la imposición de una medida de seguridad que tenga una duración superior a la establecida para el delito que por el cual se le condena³⁷⁵.

Sin embargo, como veremos más adelante, todo parece indicar que esta afirmación adolece de un defecto formal dado que:

a) En primer lugar, una medida de seguridad no debería imponerse, al menos de *lege ferenda*, en función de si un sujeto es imputable o inimputable sino única y exclusivamente si se trata de un sujeto portador de peligrosidad criminal, en cuyo caso podría sostenerse que el único límite a la forma y duración de la medida de seguridad tendrá que ser determinada teniendo únicamente en cuenta la magnitud de la peligrosidad del agente.

b) En segundo lugar nada impide que el legislador pueda incorporar ciertos límites objetivos en la ejecución de las medidas de seguridad. Tal vez una buena opción sería la de establecer dos etapas claramente diferenciadas: La primera etapa —claro está, después del cumplimiento de una pena ajustada a la culpabilidad del agente— en la que se imponga una medida de seguridad privativa de libertad por un tiempo determinado, mientras que en la segunda

³⁷⁵ En el siguiente epígrafe volveremos sobre este asunto.

—y de persistir la peligrosidad criminal del sujeto— sólo se faculte al juez la imposición de una medida de seguridad no privativa de libertad (v. gr. control telemático).

II. POSIBLES INCOMPATIBILIDADES ENTRE LAS DIVERSAS RESPUESTAS ANTE EL PROBLEMA DE LOS SUJETOS PELIGROSOS EN RELACIÓN CON ALGUNOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

2.1. Principio de proporcionalidad

a) *El principio de proporcionalidad y la pena*

Como indica el Profesor CEREZO MIR, la proporcionalidad entre el delito y la pena es una exigencia de justicia³⁷⁶. La pena, al tener su fundamento en la gravedad del delito cometido, esto es, en la medida de lo ilícito y de la

³⁷⁶ Cfr. CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general III, Teoría Jurídica del Delito/2*, ob. cit., pp. 16 y ss.; NAVARRO FRÍAS, Irene, “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2010, Barcelona, Abril, 2010, pp. 3 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, Colección “Los delitos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 57 y ss.; el mismo, “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LX, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, pp. 165 – 204; el mismo, “La apuesta por un modelo penal proporcionado”, en *Nueva doctrina penal*, Núm. 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 99-123; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pp. 99 y ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición completamente corregida y ampliada*, Traducción de MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Comares, Granada, 1993, pp. 19 y ss.

culpabilidad debe ser graduada dentro de los límites del marco penal establecido en el Código Penal de forma proporcional a la mencionada gravedad de la infracción.

De esta forma, el principio de culpabilidad se erige como el principal límite formal y material de la intervención del *ius puniendi* —a través, claro está, de la imposición de penas— en la medida en que la determinación de la clase de pena a aplicarse a un caso concreto así como la cuantificación de la misma no podrán exceder la medida de la culpabilidad de la que gozaba el sujeto al momento de cometer el delito. Como sabemos, este principio no ha sido proclamado de modo expreso en el Código Penal del 1995 —a pesar de que la culpabilidad, como señala CERESO MIR, constituye un elemento esencial de la teoría jurídica del delito—³⁷⁷, aunque se puede encontrar un fundamento a nivel constitucional en el artículo 10 de la Constitución, al proclamarse que el fundamento del orden público está constituido por la dignidad de la persona humana.

En relación con este asunto, conviene resaltar de forma especial el hecho de que, teniendo como base la exigencia del respeto de la dignidad humana, no puede imponerse una pena que de una u otra forma sobrepase los límites de la culpabilidad del agente, pues ello supondría la cosificación del condenado, claro está, al ser utilizado como medio para la satisfacción de otros fines sociales —v. gr. la seguridad pública—³⁷⁸.

³⁷⁷ Cfr. CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit. pp. 16-18; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, Colección “Los delitos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 59 y ss.; el mismo, “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”, *op. cit.*, pp. 165 – 204; el mismo, “La apuesta por un modelo penal proporcionado”, *op. cit.*, pp. 99-123.

³⁷⁸ Así, KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

De esta forma, si tenemos en cuenta el papel que juega el principio de culpabilidad al momento de determinar la clase de pena y de cuantificar la duración de la misma, tendremos que llegar, al menos, a dos conclusiones en los supuestos en los que se juzgue a un delincuente imputable peligroso:

1º Que la legitimación de la agravación de la pena en virtud, no de la mayor culpabilidad del agente, sino de la peligrosidad criminal que porta constituiría una práctica que vulnera el mandato constitucional que establece la tutela de la dignidad humana (protegida, como indicamos, en el artículo 10 de la Constitución). Tal y como venimos insistiendo, en honor al precepto que nos obliga a respetar la dignidad humana y, por ende, del principio de culpabilidad, una pena puede ser únicamente cuantificada en función de la culpabilidad del condenado³⁷⁹.

2º Que así como pueden darse casos en los que la pena pueda agravarse a través de la aplicación de la agravante de reincidencia —instituto que, a pesar de haber sido duramente criticado no parece implicar ninguna contradicción con el principio de culpabilidad³⁸⁰— por haber revelado el sujeto un mayor grado de culpabilidad; es innegable que se den supuestos de delinquentes imputables peligrosos a los que se deba imponer una pena atenuada o que bordee los límites inferiores del marco penal establecido para el caso concreto, en la medida en que pueden presentarse casos en los que la

³⁷⁹ Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., p. 997.

³⁸⁰ No obstante, son partidarios de esta idea ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., pp. 1008 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, Colección “Los delitos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 57 y ss.; el mismo, “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”, *op. cit.*, pp. 165 – 204; el mismo, “La apuesta por un modelo penal proporcionado”, *op. cit.*, pp. 99-123.

capacidad de autodeterminación de un sujeto imputable peligroso puede ser menor por, por ejemplo, no haber recibido previamente un tratamiento adecuado para conseguir su reinserción social³⁸¹.

b) El principio de proporcionalidad y las medidas de seguridad

A diferencia de lo acaecido en el ámbito de las penas, el legislador español ha considerado adecuando consagrar el principio de proporcionalidad respecto del Derecho de medidas en el Código Penal vigente. En efecto, el artículo 6.2 establece que “las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”³⁸².

Sin embargo, de lo establecido por este artículo se desprende la idea de que el legislador ha incluido un límite objetivo para la determinación de la duración de las medidas de seguridad privativas de libertad: no puede exceder de la duración de la pena que le hubiese correspondido de haber obrado el

³⁸¹ CEREZO MIR da cuenta de esta posibilidad. Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit. p. 169.

³⁸² SANZ MORÁN, Angel José, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 175 y ss. Véase también, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., pp. 68-73; CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, ob. cit., pp. 20 y 21; el mismo, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit., 173-176; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, ob. cit., pp. 83-90; KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

sujeto culpablemente o, en su caso, no puede exceder de la prevista por el Código Penal para el delito de que se trate³⁸³⁻³⁸⁴.

No obstante, a pesar de que al parecer el límite establecido en la norma parece inspirarse en motivaciones de carácter garantista, no se puede negar el hecho de que dicho criterio adolece de una grave incongruencia al concebir que la duración de las medidas de seguridad debe determinarse en función — además de la peligrosidad criminal del autor— de la duración de la pena que le hubiese correspondido de haber sido, el sujeto, imputable o de la que efectivamente le corresponda, cuando se trate de un sujeto semiimputable.

En efecto, en la actualidad se sostiene con total unanimidad que el fundamento de las medidas de seguridad y reinserción social no es otro la que la peligrosidad criminal puesta de manifiesto por un sujeto³⁸⁵, por lo que en principio podríamos afirmar que su índole y duración deben establecerse teniendo en cuenta únicamente la peligrosidad del agente y, por tanto, la personalidad revelada por el mismo³⁸⁶.

Debemos tener en cuenta —tal y como ya apuntábamos en el Capítulo III de la presente investigación— que la gravedad del delito cometido

³⁸³ Cfr. artículos 95.2, 101.1, 102.1, 103.1 y 104 del Código Penal.

³⁸⁴ Se recoge el mismo criterio en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

³⁸⁵ Inimputable o semiimputable en algunos sistemas (como el español) o, imputable, semiimputable o inimputable en otros (v. gr. Alemania).

³⁸⁶ Cfr., por todos, CEREZO MIR, José, Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción, ob. cit., pp. 38 y ss. En contra, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Editorial B de F, Montevideo, 2006, p. 591; KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

únicamente ha de ser tenida en cuenta como un indicio que conduzca a la determinación o desvirtuación de la concurrencia de peligrosidad criminal en un sujeto concreto y que es este último el dato que finalmente sirva para cuantificar la respuesta penal adecuada (vía, como dijimos, del Derecho de medidas).

Por esta razón, parece conveniente la reformulación de la redacción del artículo que consagra el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad en el Código Penal vigente. Podría requerirse, como se hacía en el Proyecto de Código Penal de 1980 que las medidas de seguridad y reinserción guarden proporción únicamente con la peligrosidad criminal del sujeto revelada por el hecho cometido y con la gravedad de los delitos que se prevea vaya a cometer.

Ahora bien, no podemos negar que el atenernos al juicio de peligrosidad —esto es, a la peligrosidad misma— para determinar la duración de la medida de seguridad a imponerse podría conllevar a la estructuración de respuestas penales que atenten de forma grave contra las exigencias de seguridad jurídica necesarias para la convivencia en un Estado de Derecho, en vista, efectivamente, de que podrían imponerse medidas de seguridad de duración indeterminada o, incluso, perpetua³⁸⁷.

³⁸⁷ En la literatura española, esta postura ha sido tradicionalmente defendida por el Profesor Cerezo Mir. Al tratar el tema de la custodia de seguridad —entendida esta como una modalidad de medida de seguridad—, el Catedrático de la UNED señala que “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”. Cfr. CERESO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor de responsabilidad criminal”, ob. cit., pp. 18 y 19.

Para evitar tal situación, la doctrina ha señalado que es sumamente importante establecer ciertas directrices que permitan limitar materialmente la posible aplicación *in extenso* del *ius puniendi*. En este sentido, ha sido fundamental el aporte del Profesor DÍEZ RIPOLLÉS para quien “el criterio de proporcionalidad correcto habrá de basarse en el concepto de distribución riesgos entre individuo y sociedad, esto es, en cuándo o a partir de qué momento el riesgo de reiteración en el delito lo debe asumir la sociedad, instante en el que ya no procedería la medida”³⁸⁸.

No obstante, conviene poner de manifiesto que lo indicado por el Catedrático de la Universidad de Málaga debe ser matizado a fin de no confundir dos ámbitos que, al menos en relación con este tema, suelen confundirse: el debate en relación con el tratamiento del delincuente imputable peligroso (incardinado dentro del llamado Derecho penal de la seguridad ciudadana) y las discusiones respecto del llamado Derecho penal de la sociedad del riesgo³⁸⁹.

³⁸⁸ Así, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, *ob. cit.*, p. 591. Véase también la valoración que realiza el Prof. BOLDOVA PASAMAR, en su artículo “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, pp. 298 y 299.

³⁸⁹ Así lo ha demostrado el Profesor DÍEZ RIPOLLÉS en su artículo “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, *ob. cit.* pp. 556 y ss, y especialmente p. 596.

En efecto, según lo indicado por el Profesor ROMEO CASABONA³⁹⁰, la aparición en las sociedades contemporáneas de nuevos e importantes riesgos derivados de las novísimas tecnologías ha traído como consecuencia una notable expansión del ámbito de intervención penal. Sintéticamente, podríamos indicar que dicha ampliación ha englobado de forma especial los ámbitos relacionados con los procesos de producción de bienes, de intervención en el medio ambiente, así como lo referente al ámbito de aplicación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y de las biotecnologías. Aunque no forma parte del objeto del presente estudio el análisis de las discusiones respecto del Derecho penal de la sociedad del riesgo, creemos importante resaltar que entre las diversas notas características de dicho discurso revisten especial interés, para los efectos que aquí importan:

a) el hecho de que está claramente pensado para perseguir la criminalidad tanto de sectores sociales que hasta ahora no solían encontrarse con la justicia penal (los “poderosos” según el Prof. DÍEZ RIPOLLÉS) así como de sujetos activos de reciente aparición (*hackers*, *crackers*, etc.);

b) la aparición de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva;

c) la estructuración de nuevos tipos penales tendientes a sancionar, especialmente, delitos de peligro abstracto; y, finalmente,

³⁹⁰ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, “El Principio de precaución en las actividades de riesgo”, en *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 15-60; y, con mayor detenimiento, el mismo, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Colección “Estudios de Derecho Penal”, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 90 y ss.

d) la patente persecución de fines retributivos, resocializadores y, finalmente, inocuidadores por medio de la imposición de la pena³⁹¹.

No obstante, el recurso a los argumentos pensados para hacer frente a los retos que plantea la sociedad del riesgo no parece ser del todo acertado en la medida que mediante él se alude a una fuente de riesgo fundamentalmente diferente a la personificada por el delincuente imputable peligroso³⁹². En este

³⁹¹ Otras notas características del discurso del Derecho penal de la sociedad del riesgo de suma importancia son: **a)** la anticipación del momento en el que procede la intervención penal y **b)** las modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales. Cfr. con mayor detalle, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, ob. cit. pp. 558 y 559. También, ROMEO CASABONA, Carlos María, “El Principio de precaución en las actividades de riesgo”, en *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 15-60; y, con mayor detenimiento, el mismo, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Colección “Estudios de Derecho Penal”, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 90 y ss.

³⁹² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, ob. cit. p. 591. Véase también, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., pp. 68-73; CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, ob. cit. pp. 20 y 21; el mismo, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit., 173-176; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, ob. cit., pp. 83-90. Sin embargo, conviene dejar constancia que el profesor DÍEZ RIPOLLÉS acertadamente indica que “Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos. Los peligros que conlleva esa disposición a trasladar conceptos de un

sentido, creemos que dicha argumentación haría alusión, de forma más precisa, al hecho de que el Derecho penal no es la herramienta adecuada para conjurar todos los tipos y clases de riesgos que amenacen los bienes jurídicos más importantes de la sociedad —por más que esta sea su finalidad— pues habrá algunos que, sin lugar a dudas, escapan del ámbito de aplicación del mismo.

De esta forma —y trabajando bajo la premisa de que siempre existirá un índice de riesgo que, quiera la sociedad o no, amenace algunos bienes jurídicos importantes— creemos que el criterio de proporcionalidad correcto tendría que establecerse bajo el prisma del mandato constitucional de prohibición de los tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, y siempre sumiendo que muchas veces el Derecho penal no será efectivo para conjurar la peligrosidad de determinados delincuentes.

2.2. Derecho penal de autor

La doctrina contemporánea ha resaltado la necesidad de que el sistema penal se rija por las directrices derivadas del Derecho penal de hecho —también denominado, Derecho penal de acto—³⁹³. De esta forma, podríamos señalar que le incumbe al Derecho penal la función de reprochar al autor la realización de una acción u omisión típica y antijurídica, teniendo en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos de la acción así como las

contexto a otro explic igualmente la ausencia de deslinde suficiente entre lo que es una criminalidad organizada, llevada a cabo por bandas profesionalizadas de extranjeros, y la criminalidad de inmigrantes derivada de su inestabilidad social y económica”.

³⁹³ Cfr. por todos CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., pp. 45 y 46.

circunstancias que rodearon o condicionaron la conducta del delincuente y que, por lo tanto, concurrían en él³⁹⁴.

En este sentido, el Derecho penal de hecho ha de concebir al delito como un conflicto causado por la lesión a un bien jurídico penalmente tutelado y provocado por el comportamiento de una persona autónoma y responsable, a la que se le puede reprochar su conducta y, por lo tanto, imponerle una pena teniendo en cuenta la medida de su culpabilidad³⁹⁵. En consecuencia, los conflictos jurídico-penales que puedan tener como consecuencia la imposición de una pena —en vista de su función retributiva—, en consonancia con las directrices del Derecho penal de acto, tendrían que ser seleccionados bajo el prisma de los siguientes principios³⁹⁶:

a) *Nullum crimen sine conducta*: Sólo se podrá imponer una pena a quién haya causado un conflicto jurídico a través de una acción u omisión.

b) *Nullum crimen sine lege*: Pues se requiere una estricta delimitación de las conductas, resultados y otros requisitos necesarios para la configuración de un delito en la ley.

c) *Nullum crimen sine culpa*: En vista de que la medida de la culpabilidad del autor constituye el límite de la intervención penal a través de la imposición de una sanción de carácter retributivo —esto es, una pena—.

³⁹⁴ Así, CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., p. 45; HASSEMER, Winfried, "Strafrecht, Prävention, Vergeltung", *op. cit.*, pp. 266 y ss.

³⁹⁵ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 64.

³⁹⁶ HASSEMER, Winfried, "Strafrecht, Prävention, Vergeltung", *op. cit.*, pp. 266 y ss.

Por el contrario, el Derecho penal de autor, como indica CEREZO MIR, más que castigar una acción o una serie de acciones, castiga un tipo de autor específico³⁹⁷, es decir, al portador de peligrosidad criminal. Por tanto, el desvalor del delito no radica en la propia lesión o puesta en peligro de lesión del bien jurídico tutelado, sino más bien en aquella característica del autor — esto es, la peligrosidad criminal— que no constituye sino un síntoma de inferioridad moral, biológica o psicológica³⁹⁸.

2.2.1. Riesgos de confusión entre el Derecho penal de autor y el delincuente imputable peligroso

Con base en estas premisas, la imposición o agravación de una pena en función de una característica del autor en la que se deposita el desvalor (v. gr. la peligrosidad criminal) debe ser entendida como el principal rasgo o manifestación del ya mencionado Derecho penal de autor.

En este sentido, el problema del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso constituye un tema que, por las características que le son propias, se muestra altamente expuesto a caer dentro de planteamientos que al final de cuentas deben ser concebidos como patentes manifestaciones del Derecho penal de autor. En efecto, esta apreciación se observa de forma clara en los planteamientos que postulan que el tratamiento de esta clase de delincuentes debe desarrollarse en el ámbito de las penas, en la medida que son plenamente imputables y que, por lo tanto, al menos según lo establecido

³⁹⁷ Así, CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., p. 46.

³⁹⁸ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 64.

hasta hace poco tiempo³⁹⁹ por la legislación española, no podrían ser sometidos a ninguna clase de medidas de seguridad. Conviene apuntar que quienes plantean esta idea, se muestran renuentes a aceptar que podría reaccionarse a través del Derecho de medidas dado que éstas, al determinarse en función de la peligrosidad criminal, pueden llegar a tener una duración muy larga e, incluso, indeterminada generando, de esta forma, una grave inseguridad jurídica a la vez que un claro atentado contra los principios que informan al Estado de Derecho y al Derecho penal mismo⁴⁰⁰.

Sin embargo, estas motivaciones de carácter garantista se topan con el serio problema de justificar la agravación de la pena (que proponen en vez del recurso al Derecho de medidas) en función de un modelo criminológico: un sujeto responsable de sus actos pero criminalmente peligroso. En esta línea de ideas, creemos que la imposición o agravación de una pena a una persona peligrosa, sólo por el hecho de serlo, no puede sino constituir una de las manifestaciones más claras del Derecho penal de autor en la medida que colisiona de forma frontal con los tres principales principios derivados de la adopción de un sistema que, como hemos indicado en los párrafos precedentes, basa sus postulados en el Derecho penal de hecho. De esta forma, dicho conflicto puede esquematizarse de la siguiente manera:

a) Afección al principio *nullum crimen sine conducta*: Si bien es cierto que la peligrosidad criminal ha de ser tenida en cuenta cuando se haya manifestado por medio de la comisión previa de un delito —de allí que el

³⁹⁹ En concreto, hasta antes de la reforma de junio de 2010.

⁴⁰⁰ Los defensores de este planteamiento no dejan de tener razón, aunque si concebimos, como lo hacemos nosotros, que a las medidas de seguridad se le pueden establecer algunos límites objetivos, la crítica quedaría desvirtuada. Véase el Capítulo VII de esta investigación.

sistema penal español haya reconocido únicamente la relevancia penal de la peligrosidad postdelictual—, es importante retener la idea de que la importancia de dicha infracción penal radica exclusivamente en el hecho de que constituye un indicio de considerable importancia al momento de desarrollar el juicio de peligrosidad. En este sentido, mediante la imposición de una pena, o una agravación de la ejecución o de los efectos de la misma en virtud de dicha peligrosidad, no se está retribuyendo un mal en respuesta a la conducta —esto es, al delito primigenio— sino sancionando la posible comisión de hechos futuros a la vista de la personalidad del autor.

b) Afeción al principio *nullum crimen sine lege*: En la medida en que el legislador no ha previsto que el tratamiento penal no da cabida a la imposición de penas —o a la agravación de las mismas— en virtud de la peligrosidad criminal manifestada por un sujeto concreto⁴⁰¹. En este sentido, conviene resaltar el hecho de que la agravante de reincidencia que, hasta antes de la entrada en vigor de la reforma de 2010 del Código Penal constituía la única forma de responder ante las infracciones del delincuente imputable peligroso, como hemos señalado no encuentra su fundamento en la peligrosidad criminal del autor, sino más bien en la mayor culpabilidad del mismo, por lo que el recurso a ella, efectivamente, vulneraría el ya mencionado principio *nullum crimen sine lege*.

c) Afeción al principio *nullum crimen sine culpa*: Finalmente, queda claro que la peligrosidad criminal no guarda relación con la mayor o menor culpabilidad, pues son conceptos independientes en el plano valorativo. Por

⁴⁰¹ En efecto, según lo dispuesto por el artículo 1.º del CP español, “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”. Cfr. con detalle, CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, I, Introducción*, ob. cit., pp. 204-206.

esta razón, la imposición de una pena, o la agravación de la misma, en virtud de la peligrosidad criminal colisionaría con este principio al prescindir por completo de la graduación de la culpabilidad que, como hemos visto, puede ser incluso menor⁴⁰².

Por otro lado, conviene poner de manifiesto que un reducido sector de la doctrina ha argumentado que el recurso al Derecho de medidas también constituiría una manifestación del Derecho Penal de autor, en la medida en que se impone al mencionado modelo criminológico, si bien no una pena propiamente dicha, una consecuencia jurídica del delito cuya única diferencia con aquella radica en el nombre —de allí que para este sector doctrinal este hecho constituya el llamado “fraude de etiquetas”—⁴⁰³. No obstante, todo parece indicar que al momento de realizar tal afirmación, los defensores de este planteamiento no han tenido en cuenta el hecho de que la diferencia entre las penas y las medidas de seguridad no sólo radica en el nombre —en la “etiqueta” si se quiere— sino que además se materializa por medio de fines y fundamentos completamente diferentes entre sí.

En efecto, las medidas de seguridad carecen de cualquier tipo de función retributiva⁴⁰⁴. La imposición de ellas no implica la retribución de un mal determinado al autor de un delito concreto, sino más bien la búsqueda de una serie de finalidades de carácter preventivo-especial: resocialización o, en su defecto, inocuización.

⁴⁰² *Vid. supra* Capítulo IV, Epígrafe 2.2.1.

⁴⁰³ Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., p. 51 y ss.

⁴⁰⁴ HASSEMER, Winfried, “Strafrecht, Prävention, Vergeltung”, *op. cit.*, pp. 266 y ss.

Bajo esta premisa, puede discutirse si la imposición de medidas de seguridad que tengan su fundamento en la peligrosidad criminal del delincuente son instituciones que pertenecen al Derecho penal o si, por el contrario, están fuera de su ámbito —incardinándose ora en el Derecho administrativo ora en el civil⁴⁰⁵—, pero en ningún caso que éstas constituyen una manifestación del derecho penal de autor.

2.2.2. Derecho penal de autor y Derecho penal del enemigo

De otro lado, cabe añadir que, según se desprende de la lectura de los postulados sostenidos por los partidarios del denominado Derecho penal del enemigo, el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso podría dar cabida a regímenes penales excepcionales que, de una u otra forma, legitimen un tipo de intervención penal que rebase los límites de lo permitido por el Estado de Derecho, esto es, amenazando a los sujetos peligrosos con penas desproporcionadas con la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor, criminalizando conductas, hechos o situaciones que se encuentran muy lejos de la lesión de un bien jurídico penalmente protegido y, finalmente, recortando las garantías que han de regir en todo proceso penal⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ De esta opinión, ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., p. 51 y ss.

⁴⁰⁶ JAKOBS, Günter, “La ciencia penal antes los retos del futuro”, en *La ciencia del Derecho penal ante el cambio del milenio*, MANSO, Teresa (Trad.), ESER, Albin / HASSEMER, Winfried / BURKHARDT, Björn (Coords.), MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. de la edición española), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 53 y ss.; el mismo, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel (Trad.), CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006, pp. 79 y ss.; el mismo, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la

Como sabemos, esta forma de *heteroadministrar* a los enemigos, entre otras importantes cuestiones, se topa con el problema de la determinación de los sujetos que han de ser considerados como tales, esto es, como *no personas* a las que combatir⁴⁰⁷.

juricidad”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel (Trad.), CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006, p. 109 y ss. En contra, MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006, p. 337; GROSSO GARCÍA, Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el «Derecho penal del enemigo?»”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006, p. 5; HÖRNLE, Tatjana, “Dimensiones descriptivas y normativas del concepto «Derecho penal del enemigo»”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006, pp. 51 – 66; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del «Derecho penal del enemigo?»”, *op. cit.*, pp. 1060 y ss.; EL MISMO, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, pp. 1-40; EL MISMO, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho Penal del enemigo”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005, *op. cit.*, pp. 459 y 460, EL MISMO, *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

⁴⁰⁷ En efecto para JAKOBS “la cimentación cognitiva de la expectativa normativa ha quebrado, y por ello es lícito heteroadministrar al agresor —lo que contradice su condición de persona—, pero, a su vez, ello sólo teniendo en cuenta si personalidad, de por sí concurrente”. Cfr. JAKOBS, Günter, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad”, *op. cit.*, p. 102. De forma crítica, por todos, GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del «Derecho penal del enemigo?»”, *op. cit.*, pp. 1060 y ss.; EL MISMO, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, pp. 1-40; EL MISMO, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho Penal del enemigo”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas,

En este sentido, conviene poner de manifiesto que el mismo JAKOBS ha reconocido que con toda certeza “será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible”⁴⁰⁸. De esta forma, dicho autor señala que ha de ser considerado como enemigo aquel ser humano que se ha convertido a sí mismo en parte de una estructura criminal solidificada, diluyendo así la esperanza de que podrá encontrar un *modus vivendi* común con la sociedad, a pesar de algunos hechos criminales aislados⁴⁰⁹.

Como vemos, esta apreciación no deja dudas respecto del hecho de que los miembros de agrupaciones criminales organizadas —dentro de las cuales, desde luego, tendrían cabida los grupos terroristas— tendrían que ser vistos como enemigos a los que el estado debe combatir.

A pesar, no obstante, de la dificultad existente para individualizar a los sujetos que han de ser considerados como tales, el propio JAKOBS ha intentado enumerar una serie de tipos criminológicos que, según él, podrían calificarse como tales. En efecto dicho autor ha señalado que “El enemigo es un individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual “peligroso” según el párgfo. 20ª del Código penal [alemán]), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, trafico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia

Cizur Menor, 2005, *op. cit.*, pp. 459 y 460, EL MISMO, *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

⁴⁰⁸ JAKOBS, Günter, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad”, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁰⁹ JAKOBS, Günter, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad”, *op. cit.*, p. 104.

organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo “complot de asesinato”), es decir, *en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento*”⁴¹⁰.

Esta reveladora afirmación, como indica el profesor MUÑOZ CONDE⁴¹¹, da la impresión de que el Derecho penal del enemigo guarda íntima relación con el llamado Derecho penal de autor para el que, como hemos visto, el dato más importante al momento de desvalorar una acción constitutiva de delito no es la gravedad de la misma, ni el grado de culpabilidad del autor, sino más bien la personalidad específica del sujeto, dado que es portador de peligrosidad criminal⁴¹². Esta situación, recordemos, constituye la base fáctica

⁴¹⁰ Las cursivas son nuestras. Véase el texto completo en JAKOBS, Günter, “La ciencia penal antes los retos del futuro”, *op. cit.*, p. 59.

⁴¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006, p. 337. Véase también, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El ‘Derecho Penal del enemigo’ *Darf nicht sein!*. Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm 4 - Noviembre, Iustel, Madrid, 2005, pp. 20 – 22.

⁴¹² También se ha manifestado en este sentido CANCIO MELIÁ. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en *Derecho penal del enemigo*, JAKOBS, Günter / CANCIO MELIÁ, Manuel, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, pp. 100 y ss.; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El ‘Derecho Penal del enemigo’ *Darf nicht sein!*. Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, *op. cit.*, pp. 20 - 22. En contra, POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo. Algunos falsos mitos”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006, pp. 644 y ss.

para que, en palabras de JAKOBS, tales sujetos sean consideradas —al menos para el Derecho penal— como no personas⁴¹³.

De todo lo dicho hasta aquí cabe colegir que la noción de peligrosidad criminal del delincuente juega un papel fundamental y decisivo a la hora de calificar como enemigos, según los postulados de JAKOBS, a los infractores o agresores penales⁴¹⁴.

⁴¹³ Analizan esta cuestión con detalle y de forma crítica: GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del «Derecho penal del enemigo?»”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, CANCIO MELIÁ, Manuel (Trad.), CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006, pp. 1060 y ss.; EL MISMO, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 7, Universidad de Granada, 2005, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/>, pp. 1-40; EL MISMO, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho Penal del enemigo”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005, *op. cit.*, pp. 459 y 460; EL MISMO, *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 50 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006, pp. 985 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, pp. 356 y ss.; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El ‘Derecho Penal del enemigo’ *Darf nicht sein!*. Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, *op. cit.*, pp. 20 – 22.

⁴¹⁴ Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo. Algunos falsos mitos”, *op. cit.*, pp. 626 – 629. Crítico, GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del «Derecho penal del

Ahora bien, como hemos sostenido a lo largo del epígrafe 2.2.1., la agravación de la pena, el establecimiento de sanciones desproporcionadas con la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor, la criminalización de conductas, hechos o situaciones que se encuentran muy lejos de la lesión de un bien jurídico-penalmente protegido, el recorte de las garantías procesales y, en fin, toda forma de *heteroadministración* de las personas que no consiguen —o no quieren— participar de las reglas mínimas de convivencia social, esto es de las personas criminalmente peligrosas, colisiona de forma frontal con varias de las garantías y principios constitucionales que emanan del Estado de Derecho:

a) *Nullum crimen sine conducta*;

b) *Nullum crimen sine lege*;

c) *Nullum crimen sine culpa*.

Ello sin perjuicio de la posibilidad de encontrarnos, según la respuesta penal que se articule, ante consecuencias jurídicas del delito de carácter inconstitucional, en vista de la vulneración de la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15 CE).

En relación con esta última afirmación, conviene poner de manifiesto que de forma tradicional el legislador español ha considerado adecuada la admisión de penas privativas de libertad superiores a quince años para algunos

enemigo?»”, *op. cit.*, pp. 1060 y ss.; EL MISMO, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, pp. 1-40; EL MISMO, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho Penal del enemigo”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005, *op. cit.*, pp. 459 y 460, EL MISMO, *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

delitos especialmente graves⁴¹⁵. Esta situación, como en su momento veremos, contradice las recomendaciones de la doctrina más autorizada en relación con el tema⁴¹⁶, así como el precepto constitucional ya citado (artículo 15 CE) que prohíbe las penas inhumanas, dado que la privación de libertad cuya duración sea superior a la que acabamos de indicar puede producir un grave deterioro de la personalidad del condenado hecho que, insistimos, estaría proscrito a la vista de la prohibición de tratos y penas inhumanas.

Finalmente, cabe resaltar que la doctrina jurisprudencial se ha hecho eco de algunas de estas críticas. Entre otras, por ejemplo, la STC 199/1987, de 16 de diciembre, declaró inconstitucional y parcialmente nula la aplicación del régimen excepcional que establecían los derogados artículos 13 a 18 de la LO 96/1984 a la apología de los delitos relativos a bandas armadas, elementos terroristas y rebeldes⁴¹⁷; mientras que la STC 18/2003, de 23 de octubre que, según

⁴¹⁵ Véase, por ejemplo, lo establecido en el artículo 572 CP. El legislador, al tratar los delitos de terrorismo, prevé la pena de prisión de 20 a 30 años para quienes causaran la muerte de una persona perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; así como la pena de prisión de 15 a 20 años para quienes en las mismas circunstancias las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 CP o secuestraran a una persona. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, "Derecho penal del enemigo. Algunos falsos mitos", *op. cit.*, pp. 605 – 615.

⁴¹⁶ Cfr. CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general I*, ob. cit., p. 36.

⁴¹⁷ STC 199/1987 de 16 diciembre RTC 1987\199, Ponente: Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER ("[...] el Tribunal Constitucional [...] Ha decidido: a) Declarar inconstitucional, y parcialmente nulo, el párrafo segundo del número primero del art. 1 de la Ley Orgánica 9/1984, en la medida que extiende la aplicación de los arts. 13 a 18 de la misma Ley a quienes hicieran apología de los delitos descritos en dicho artículo. b) Declarar inconstitucional, y por tanto nulo, el inciso final del art. 13 de la Ley Orgánica 9/1984, desde «no obstante ...» hasta «... prolongación propuesta». c) Declarar que el art. 15.1 de la Ley Orgánica 9/1984, es inconstitucional, a no ser que se interprete que la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa ha de ser objeto de simultánea

cita MUÑOZ CONDE, anuló una STS en la que, utilizando como prueba las grabaciones de algunas conversaciones telefónicas decretadas por el juez a raíz de una denuncia anónima, se había condenado a unos funcionarios por el delito de cohecho⁴¹⁸.

2.3. Principio de *ne bis in idem*

Ahora bien, el recurso a la imposición de una medida de seguridad con posterioridad al cumplimiento de la pena respectiva, puede dar lugar a que se considere que el juzgador ha impuesto dos respuestas penales —pues tanto la pena como las medidas de seguridad, efectivamente, lo son— por la comisión de un mismo hecho.

En este sentido, el origen de esta interpretación se remonta a finales de la década de los ochenta, en concreto con lo estipulado por las STC 16/1981, 1ª, 18.5.1981 (BOE nº 143 16.6.1981; MP: Ángel Latorre Segura); 2ª, 20.7.1987 (BOE nº 191 11.8.1987; MP: Luis López Guerra); y 1ª, 8.6.1989 (BOE nº 158 4.7.1989; MP: Jesús Leguina Villa)⁴¹⁹.

solicitud de confirmación al órgano judicial competente. d) Declarar inconstitucional, y por tanto nulo, el art. 21 de la Ley Orgánica 9/1984 [...]). Véase al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 349.

⁴¹⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 349.

⁴¹⁹ En efecto, en ellas se señala que “no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal”; “la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio *non*

Sin embargo, todo indica que de haber sido hecha esta crítica a todas aquellas respuestas penales que intenten resolver el problema por vía de la pena, encontraríamos mayores fundamentos para su defensa que de haber sido hecha para la crítica a la imposición de medidas de seguridad.

En efecto, mediante la imposición de una medida de seguridad no se está volviendo a condenar un hecho ejecutado y condenado anteriormente, sino más bien un hecho actual y presente en el momento en que se dicta la sentencia. Si partimos de la idea de que la peligrosidad es una característica de la personalidad del sujeto que por sí sola es suficiente como para justificar la imposición de una medida de seguridad⁴²⁰, en los supuestos que ésta persista aún después de haberse cumplido la pena, no se estaría violentando el principio de *ne bis in idem* en tanto que la segunda reacción penal se impone por una causa (la peligrosidad) distinta a la que motivó la imposición de la pena ejecutada con anterioridad (culpabilidad del agente)⁴²¹.

bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad»". También se ha ocupado del análisis de ellas SANZ MORÁN, Angel José, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, op. cit., p. 150.

⁴²⁰ Con respeto, claro está, de lo estipulado en relación con el principio de proporcionalidad.

⁴²¹ CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1986, pp. 15; LUIS GRACIA MARTÍN, *Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*, cit., p. 976; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 81; M^a ISABEL AMUNÁRRIZ / LUZ M^a MUÑOZ / JOSÉ LUIS DE LA CUESTA / RAMIRO LORENZO / MAURICIO RESUSTA, *La peligrosidad y los jóvenes, Prostitución, toxicómanos y ebrios habituales*, en "Eguzkilore", *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Edición patrocinada por la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, San Sebastián, p. 21.

Aunque volveremos más adelante con ello⁴²², podemos incluso afirmar que tampoco se configurará una infracción del *ne bis in idem* cuando se imponga *a posteriori* una medida de seguridad, siempre que esta estuviera prevista en la sentencia y que se hiciera depender también de la evolución del condenado durante la ejecución de la pena impuesta en función de su culpabilidad⁴²³.

Conviene resaltar que el legislador español de 2010 se ha decantado por incluir la posibilidad de concretar el contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada en una etapa posterior a la imposición por sentencia de la misma. En efecto, en virtud de lo estipulado por el apartado 2 del artículo 106, dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad impuesta, el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe elaborar una propuesta para que el Juez o Tribunal sentenciador pueda concretar el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que, en caso de que el juez considere necesario, deberá cumplir el condenado.

2.4. Reflexiones finales

De lo dicho hasta ahora podemos extraer, en términos generales, dos conclusiones de particular importancia:

a) La respuesta para el tratamiento penal de la peligrosidad del delincuente imputable portador de la misma, al menos de *lege ferenda*, no

⁴²² En concreto en el Capítulo siguiente.

⁴²³ Así, CEREZO MIR, José, "Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal", en *Revista Penal*, nº 22.-Julio 2008, p. 20.

debería desplegarse en sede de la pena⁴²⁴. Hacerlo implicaría, como vimos, desplegar los mecanismos del *ius puniendi* que se encuentran enmarcados dentro del llamado Derecho penal de autor, así como un grave atentado del principio de culpabilidad⁴²⁵.

De otro lado es importante recordar que la una vulneración del principio de culpabilidad en estos términos —esto es, la inobservancia de las garantías penales que deben ser dispensadas a todo ser humano— no constituye sino una clara manifestación del Derecho penal del enemigo⁴²⁶ que, recordemos, propugna el aprovechamiento de los efectos inocuidadores de la pena por medio del incremento de la duración de las penas de prisión, así como de la limitación del acceso a los beneficios penales de suspensión de la ejecución de la pena, sustitución de la misma o la aplicación del beneficio de la libertad condicional⁴²⁷⁻⁴²⁸.

⁴²⁴ A pesar de que, como analizamos en su momento, este ha sido el camino escogido por el legislador penal de 1995. Cfr. ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., pp. 68-73; CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, ob. cit., pp. 20 y 21; el mismo, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit., 173-176; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, ob. cit., pp. 83-90.

⁴²⁵ En este sentido se ha manifestado CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit. pp. 173 y 174.

⁴²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, ob. cit. p. 584; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit. pp. 173 y 174; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., pp. 62-64.

⁴²⁷ Nótese que la que hasta hace poco estuvo vigente, podría haber encajado perfectamente con los postulados del Derecho penal del enemigo, pues, no sólo es de aplicación la agravante de reincidencia —por medio de la cual se incrementa el tiempo de duración de la pena privativa de libertad— sino que la aplicación de los beneficios

Sin embargo, conviene poner de manifiesto que ello no implica que la aplicación de una pena sea descartada por completo —y que, por ende, se establezca un tratamiento penal únicamente a través del derecho de medidas— sino que el recurso a la misma sea efectuado con plena observancia y respeto del principio de culpabilidad, por lo que, el juzgador tendrá que reconocer que en no pocas ocasiones la capacidad de autodeterminación del sujeto, dada su personalidad o por no haber recibido, de hecho, un tratamiento adecuado para conseguir su reinserción social, puede no ser mayor. Este dato es suficiente para justificar —sólo si no concurren otras circunstancias que incidan en la determinación y cuantificación de la pena⁴²⁹— una atenuación de la sanción penal, por lo que el Juez o Tribunal, en estos casos tendrá que imponer, de hecho, una pena que tenga una duración que bordee los límites inferiores del marco penal.

b) Por las razones expuestas en las páginas precedentes, todo parece indicar que el recurso al Derecho de medidas constituye la solución correcta al problema del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso⁴³⁰. Sin

penales a los que podría acogerse un ciudadano no peligroso (regulados en los artículos 80 a 93 del Código Penal) ha sido limitada en los supuestos en los que el juicio de peligrosidad revele que el sujeto imputable es, además, peligroso.

Hemos abordado esta cuestión con mayor detalle en el epígrafe 2.2.2. del Capítulo IV de esta investigación.

⁴²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, ob. cit. pp. 584 y 585.

⁴²⁹ Por ejemplo, por el hecho de que la agravante de reincidencia no pueda ser aplicada por no reunir los requisitos establecidos en el número 8 del artículo 22 del CP para su configuración.

⁴³⁰ En este sentido, el Prof. CEREZO indica que “Modernamente se piensa que la solución correcta al problema de la habitualidad criminal está en la aplicación de medidas de seguridad”. Véase, CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas

embargo habría que tener en cuenta que, por motivos de seguridad jurídica, habría que matizar el sistema de aplicación del Derecho de medidas a este fenómeno criminológico.

Para estos efectos, constituye un aspecto fundamental la reformulación del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 6.2 del Código Penal vigente, pues dicho precepto desnaturaliza el fundamento mismo de las medidas de seguridad al entender que ellas no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido.

En este sentido, como señalábamos en su momento, el es dogmáticamente aceptable que el criterio de proporcionalidad correcto deba basarse en el concepto de distribución de riesgos entre el individuo portador de los mismos y la sociedad⁴³¹.

Superada, pues, la principal crítica a la postura que defiende la conveniencia de la aplicación del Derecho de medidas, conviene poner de manifiesto que un Derecho penal verdaderamente garantista en el ámbito que nos ocupa estará constituido por aquel que no establezca mecanismos que permitan la vulneración de las garantías penales que informan al Estado de Derecho.

manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, ob. cit, pp. 20 y 21; el mismo, *Curso de Derecho penal español, PG III*, ob. cit., 173-176; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, ob. cit., pp. 83-90; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., pp. 68-73.

⁴³¹ Es decir, en cuándo o a partir de qué momento el riesgo de reiteración en el delito debe ser asumido por la sociedad —instante en el que ya no se debería mantener la medida de seguridad—. Cfr. Díez Ripollés, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, ob. cit. p. 591.

Mientras que por un lado, la legislación penal española aplicable de forma residual a los delincuentes imputables peligrosos hace que el principio de culpabilidad sea patentemente vulnerado, coincidiendo en sus consecuencias con los planteamientos del Derecho penal de autor e incluso del enemigo; por otro las posibilidades de conservar los parámetros que garanticen la seguridad jurídica necesaria para la configuración del Estado de Derecho y que permitan el respeto de los principios más elementales que limitan la brutal actuación del *ius puniendi* (principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad, *ne bis in idem*, etc.) hacen factible y recomendable que el recurso al derecho de medidas pueda ser propuesto e incorporado al sistema penal español, pues constituye sin duda la vía idónea para el tratamiento penal de la peligrosidad criminal del delincuente imputable⁴³².

⁴³² ALONSO ÁLAMO, Mercedes, "Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia", ob. cit., pp. 68-73; CEREZO MIR, José, "Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal", ob. cit, pp. 20 y 21; el mismo, *Curso de Derecho penal español*, PG III, ob. cit., 173-176; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, "Habituales y reincidentes", ob. cit., pp. 83-90.

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS RESPUESTAS ACTUALES MÁS CONTROVERTIDAS PARA HACER FRENTE A LOS DELINCUENTES IMPUTABLES PRELIGROSOS

I. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE DE LA INTERVENCIÓN PENAL

Como veremos a lo largo del presente capítulo, en diversas ocasiones las respuestas penales articuladas para hacer frente al delincuente imputable peligroso, en sus intentos por proteger los diversos bienes jurídicos que puedan eventualmente ser afectados por el ataque de un sujeto criminalmente peligroso, colisionan, muchas veces de forma insalvable, con algunos de los derechos fundamentales más importantes del condenado.

Tal conflicto no debe ser resuelto dando prioridad absoluta a uno de los dos grupos de derechos fundamentales o bienes jurídicos afectados pues el sistema penal debe seguir y respetar una serie de principios, garantías y criterios que le permitan modular en índice de afección de uno u otro derecho del procesado teniendo en cuenta tanto lo dispuesto por la ley como los

principios y garantías que informan al Estado de Derecho y al Derecho penal mismo⁴³³.

En efecto, según la respuesta penal que haya sido articulada para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso podemos encontrarnos ante una consecuencia jurídica del delito que colisione con el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad o, finalmente, con el derecho a la libertad ambulatoria. No obstante, puede también darse el caso de que se vulnere, eventualmente, el mandado constitucional de prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes.

Por esta razón, como paso previo al análisis de cada una de las respuestas penales (penas o medidas de seguridad y reinserción social) que el Derecho comparado ha articulado para estos efectos, conviene perfilar el alcance de protección que los derechos mencionados brindan a los intereses del delincuente imputable peligroso. Analicemos, pues, esta cuestión.

1.1. Derecho a la integridad física y moral

El derecho a la integridad física es aquel derecho humano fundamental que tiene su origen, en el ordenamiento jurídico español, en lo estipulado por el artículo 15 de la Constitución que establece que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁴³³ Esta situación ha sido puesta de manifiesto, aunque en relación con el tema de los análisis de los perfiles de ADN como nuevas formas de intromisión en los derechos fundamentales de las personas por los profesores ROMEO CASABONA, Carlos María / ROMEO MALANDA, Sergio, *Los Identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 49 y ss.

Como señalan ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA, el derecho a la integridad física puede verse afectado cuando una persona es sometida a inspecciones, reconocimientos o a intervenciones corporales de diverso tipo⁴³⁴. La integridad física implica la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas. Por su parte, la integridad psíquica conlleva a la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones.

El reconocimiento de este derecho implica, que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica.

Este derecho se encuentra consagrado en el Derecho Internacional desde el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 5), los Convenios de Ginebra de 1949 relativa a los conflictos armados (protocolo II, artículo 4).

Sin embargo, no es sino hasta mediados de los años 60, cuando tienen origen los tratados generales de derechos humanos como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1968 (artículo 5), que este derecho pasará a tener un mayor desarrollo legislativo internacional.

Debido a la preocupación de la comunidad internacional considerando la importancia de este derecho y lo reiterado de las prácticas mundiales

⁴³⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María / ROMEO MALANDA, Sergio, *Los Identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, op. cit., pp. 53-58.

atentatorias de este derecho, es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor el 25/06/1987, tras haber sido ratificada por 20 países. Para el año 2001 contaba con 124 Estados partes⁴³⁵.

En lo tocante al contenido de este derecho, cabe poner de manifiesto que el mismo se encuentra integrado fundamentalmente —aunque no exclusivamente— por la prohibición de torturas y otros tratos crueles inhumanos o degradantes⁴³⁶. En este sentido, tanto la doctrina como el Derecho positivo coinciden con la idea de que el contenido de este derecho también incluye, y de modo especial, la restricción de llevar a cabo prácticas biomédicas (terapéuticas o de investigación) cuando la persona no haya manifestado de forma clara su voluntad de participar en las mismas.

Es importante poner de manifiesto que, en relación con el tema que ocupa nuestra atención, el derecho a la integridad física o psíquica podría ser eventualmente vulnerado cuando se establezcan ciertas medidas que seguridad que implican un menoscabo de los aspectos que forman parte del contenido del derecho: La castración química, la psicocirugía, y control telemático. No obstante cada uno de ellos reviste una serie de particularidades que será menester analizar en otro momento.

1.2. Derecho a la intimidad

⁴³⁵ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto / PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal”, en *Revista penal*, Núm. 15, Editorial Praxis, Barcelona, 2005, pp. 8-45.

⁴³⁶ En virtud de lo establecido por el art. 15 de la Constitución española, así como lo el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”

La Intimidad es la parte de la vida de una persona que no ha de ser observada desde el exterior, y afecta sólo a la propia persona. Se incluye dentro del “ámbito privado” de un individuo cualquier información que se refiera a sus datos personales, relaciones, salud, correo, comunicaciones electrónicas privadas, etc. De esta forma, por imperio del artículo 18 de la Constitución todo ciudadano tiene el derecho de controlar cuándo y quién accede a diferentes aspectos de su vida personal. No obstante, como veremos en el apartado correspondiente, en los países en los que se ha recurrido a los registros especiales y notificación a la comunidad, así como al control telemático del delincuente imputable peligroso, suele debatirse si tal derecho se ve afectado por la imposición de estas medidas.

1.3. Derecho a la libertad ambulatoria

Recogido en el artículo 17 de la Constitución española, el derecho a la libertad personal postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de autonomía personal.

Para los efectos que importan a esta investigación, cabe poner de manifiesto que una posible vulneración del dicho derecho podría derivar de la aplicación ciertas respuestas penales que impliquen la privación de la libertad ambulatoria del condenado. En efecto, el endurecimiento del régimen del cumplimiento de la pena, la sentencia indeterminada, la cadena perpetua, el internamiento en centro de terapia social y, finalmente, la custodia de seguridad, son sin duda respuestas penales que limitan la libertad ambulatoria del condenado. En el apartado correspondiente analizaremos si, a la luz del contenido de este derecho, tales reacciones efectivamente vulneran este derecho fundamental.

1.4. Prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes como una concreción de la vulneración de la dignidad humana

También constituye un mandato constitucional —consagrado en el ya mencionado artículo 15 CE— la prohibición de someter a una persona a torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes. Este precepto, que sin lugar a dudas guarda estrecha relación con el derecho a la integridad física y moral, ostenta nivel especial de importancia en vista de que su eventual vulneración no sería sino la concreción de la afcción de la dignidad humana, entendida ésta como fundamento del orden político (artículo 10 CE)⁴³⁷.

En este sentido, la vinculación de la dignidad humana con dicha prohibición ha de permitir la estructuración de un límite concreto a la intervención del sistema penal en la esfera personal a efectos de evitar la materialización de dichos tratos crueles, inhumanos y degradantes⁴³⁸.

Con base en esta premisa, podríamos apuntar que al menos algunas de las respuestas penales articuladas en Derecho comparado para hacer frente al delincuente imputable peligroso han dado pie a la vulneración de la dignidad humana al permitir, por ejemplo, la imposición de medidas privativas de

⁴³⁷ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 73 y ss.; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo, “Tratamiento penal de la delincuencia habitual grave”, en *Diario La Ley*, Nº 7094, Sección Doctrina, 16 Ene. 2009, Año XXX, Editorial La Ley, pp. 1-20, Acceso electrónico [www.laley.es].

⁴³⁸ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 74; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo, “Tratamiento penal de la delincuencia habitual grave”, *op. cit.*, pp. 1-20; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición completamente corregida y ampliada*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

libertad de duración larga o indeterminada⁴³⁹, de medidas que, aunque no sean privativas de libertad sean humillantes⁴⁴⁰ o atenten contra la integridad física o psíquica del condenado⁴⁴¹.

Para efectos del análisis crítico de las respuestas penales más controvertidas para hacer frente al delincuente imputable peligroso, hemos considerado apropiado que el estudio se desarrolle mediante la división de las mismas en dos bloques:

a) Las respuestas que pretenden hacer frente al problema a través del recurso a las penas —o a algunos efectos especiales en las mismas—, y

b) Las que abordan la cuestión desde la perspectiva del Derecho de medidas. Analicemos, pues, cada una de ellas:

II. PENAS Y ALGUNOS EFECTOS ESPECIALES EN LAS MISMAS

2.1. El recurso a determinadas penas para combatir la criminalidad del delincuente imputable peligroso

No cabe duda que la propuesta de implantación de ciertas penas especialmente graves, tales como la prisión perpetua o incluso la pena de muerte, no ha hallado cabida dentro del debate doctrinal contemporáneo en

⁴³⁹ Así, por ejemplo, en Alemania es posible extender el tiempo de duración de la custodia de seguridad por periodos de duración extremadamente altos. Más adelante nos ocuparemos de esta cuestión.

⁴⁴⁰ Por ejemplo la constituida por los registros públicos y notificación a la comunidad de los datos personales de los delincuentes sexuales peligrosos.

⁴⁴¹ V. gr. mediante la imposición de un tratamiento médico que consista en prácticas quirúrgicas de modulación neuronal (esto es, la psicocirugía).

relación con el tema que ocupa nuestra atención⁴⁴². Esta situación, no obstante, no se ha traducido en algunos ordenamientos jurídicos occidentales pues, como sabemos, ambas penas han sido incorporadas a los sistemas penales de algunos países del continente americano⁴⁴³.

⁴⁴² Así, NISTAL BURÓN, Javier, “¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de «cadena perpetua» como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 753/2008, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 1-7, Acceso electrónico [<http://www.westlaw.es>].

⁴⁴³ En efecto, algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica contemplan como consecuencia de la comisión de algunos delitos sexuales tanto la pena de muerte como la prisión perpetua. Baste citar como ejemplo lo dispuesto por el Código Penal de Texas:

“Sec. 12.31. CAPITAL FELONY. (a) An individual adjudged guilty of a capital felony in a case in which the state seeks the death penalty shall be punished by imprisonment in the Texas Department of Criminal Justice for life without parole or by death. An individual adjudged guilty of a capital felony in a case in which the state does not seek the death penalty shall be punished by imprisonment in the Texas Department of Criminal Justice for:

(1) life, if the individual's case was transferred to the court under Section 54.02, Family Code; or

(2) life without parole.

(b) In a capital felony trial in which the state seeks the death penalty, prospective jurors shall be informed that a sentence of life imprisonment without parole or death is mandatory on conviction of a capital felony. In a capital felony trial in which the state does not seek the death penalty, prospective jurors shall be informed that the state is not seeking the death penalty and that:

(1) a sentence of life imprisonment is mandatory on conviction of the capital felony, if the case was transferred to the court under Section 54.02, Family Code; or

(2) a sentence of life imprisonment without parole is mandatory on conviction of the capital felony.”

Al respecto cabe indicar que, teniendo en cuenta las reglas y principios que inspiran en sistema pena español, ninguna de las dos respuestas eventualmente tendría cabida dentro del ordenamiento jurídico hispano dado que, además de vulnerar los principios de proporcionalidad y culpabilidad, devendrían en penas de carácter inconstitucional en virtud de la vulneración de del ya mencionado artículo 15 de la Constitución que, como sabemos, prohíbe la imposición de penas inhumanas o degradantes, así como la posibilidad de incorporar al sistema penal la pena de muerte.

Sin embargo, sí cabría discutir la posible incorporación de otro tipo de penas que, sin afectar dicho precepto constitucional, pretendan hacer frente a la peligrosidad criminal del delincuente imputable. Este, como veremos es el caso de la libertad vigilada, que es una consecuencia jurídica del delito que conlleva una serie de obligaciones y prohibiciones —tales como la obligación de estar siempre localizable o la prohibición de residir o acudir a determinados lugares— destinada a cumplirse con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en función de la medida de culpabilidad del agente.

Por su parte, el ordenamiento jurídico-penal peruano ha incorporado la prisión perpetua para algunos tipos de delitos contra la libertad sexual:

“Artículo 173.- Violación de menor de catorce años de edad

El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.”

“Artículo 173 A.- Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave

Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua.”

En efecto, en algunos sistemas —como es el caso del ordenamiento jurídico francés⁴⁴⁴— la libertad vigilada ha sido concebida como una pena. Es importante resaltar que ésta ha sido también la interpretación que legislador español que elaboró tres de los cuatro documentos⁴⁴⁵ que sirvieron, en mayor o menor medida, de base para la redacción del texto final de la reforma del Código Penal de 2010, pues en todas estas propuestas la libertad vigilada fue concebida como una pena privativa de derechos accesoria a penas privativas de libertad.

Sin embargo —y dejando por el momento el análisis crítico de la naturaleza jurídica de esta consecuencia jurídica del delito que, vale la pena

⁴⁴⁴ Cfr. el Artículo 131-36-1, introducido por la Ley nº 98-468 de 17 de junio de 1998 art. 1 Diario Oficial de 18 de junio de 1998: “El seguimiento sociojudicial llevará consigo, para el condenado, la obligación de someterse a medidas de vigilancia y de asistencia destinadas a prevenir la reincidencia, bajo el control del *Juge d’application des peines* y por el periodo establecido por el órgano jurisdiccional sentenciador. La duración del seguimiento socio-judicial no podrá exceder de diez años en caso de condena por delito o de veinte años en caso de condena por crimen”. Al respecto véase GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Vigilancia electrónica, criminalidad y sociedad de riesgos: la difícil compatibilización del proyecto de nueva ley francesa antiterrorista y los derechos fundamentales individuales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm., 698/2006, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 13 y 14.

⁴⁴⁵ En efecto, tanto el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (de 2006), como el Proyecto de Ley Orgánica Núm. 121/000119 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007 y, finalmente, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 14 de noviembre de 2008, concebían a la libertad vigilada como una pena privativa de derechos accesoria a penas privativas de libertad.

dejar constancia, parece ser otra⁴⁴⁶— creemos que es importante resaltar que, a pesar de que dicha sanción no parece vulnerar las garantías constitucionales derivadas de lo estipulado por el artículo 15 de la Constitución, es evidente que la imposición de una pena, sea esta privativa de libertad o no, en función de la peligrosidad criminal de un sujeto imputable no puede ser asumida sin conllevar una seria afección a otros tantos principios y garantías penales del Estado de Derecho. En este sentido, cabe destacar [brevemente, pues sobre esta cuestión nos hemos ocupado con detenimiento en los epígrafes 2.1 y 2.2 del Capítulo V] el conflicto representado por la vulneración de los siguientes principios:

a) *El principio de proporcionalidad*: En la medida que a través de su imposición se rebasa la medida de culpabilidad del agente,

b) *El principio nullum crimen sine conducta*: En la medida que no se impone como consecuencia del hecho delictivo, sino más bien como consecuencia de la peligrosidad criminal del sujeto condenado,

c) *El principio nullum crimen sine lege*: Dado que el sistema jurídico español no ha dado cabida a la imposición de penas en función de la peligrosidad criminal del sujeto y, finalmente,

d) *El principio nullum crimen sine culpa*: En vista de que, dado que la medida de la culpabilidad del autor constituye el límite de la intervención penal a través de la pena, la imposición de la medida de libertad vigilada, una vez agotada aquella, rebasaría la medida de culpabilidad por el hecho.

De esta forma, como ya lo hemos señalado en otro momento, la incorporación de una pena como consecuencia jurídica del delito adecuada

⁴⁴⁶ Más adelante nos ocuparemos de esta cuestión con detenimiento. En concreto en el Epígrafe 3.2 de este Capítulo.

para tratar o para hacer frente a la peligrosidad criminal de un sujeto no constituye sino una patente manifestación del Derecho penal de autor que, como sabemos, es de imposible aplicación en el sistema jurídico penal hispano.

2.2. El endurecimiento de la duración y del cumplimiento de la pena

2.2.1. La agravante de reincidencia

Como señala el profesor CEREZO MIR, el Derecho Penal moderno responde ante la comisión de un delito, bien con penas o bien con medidas de seguridad y reinserción social⁴⁴⁷. Tal y como hemos indicado anteriormente, algunos sistemas penales —como hasta hace poco era el caso del sistema español y, en la actualidad, del de la totalidad de países latinoamericanos⁴⁴⁸— no abordan la cuestión del tratamiento del delincuente imputable peligroso desde la perspectiva del derecho de medidas, pues han incorporado a sus respectivos ordenamientos una serie de dispositivos que dan cabida a la aplicación de medidas de seguridad y reinserción social únicamente cuando se trata de sujetos inimputables o semiimputables⁴⁴⁹.

Así las cosas, el modelo seguido por los países latinoamericanos —y, como indicábamos, hasta hace pocos meses seguido también por el sistema penal español— no deja al intérprete del Derecho otra opción que el recurso a

⁴⁴⁷ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, I, Introducción*, ob. cit. p. 22; Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y persona*, ob. cit., p. 101.

⁴⁴⁸ Con la excepción, claro está, de Puerto Rico.

⁴⁴⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 101 a 104 del Código Penal español.

la aplicación de la agravante de reincidencia⁴⁵⁰ para hacer frente a la actuación del delincuente imputable peligroso, por lo que la única respuesta a este problema tiene lugar en el ámbito de la determinación, cuantificación y ejecución⁴⁵¹ de la pena.

No podemos dejar de mencionar que dicha agravante ha sido harto discutida y criticada fundamentalmente respecto de su constitucionalidad —en el ámbito español fue finalmente declarada por la STC 150/1991, de 4 de julio— y su fundamentación⁴⁵², lo que ha llevado a un amplio sector de la

⁴⁵⁰ Es importante recordar que dicha agravante no ha sido concebida con el fin de hacer frente a la peligrosidad manifestada por un sujeto, sino más bien, para hacer frente a la mayor culpabilidad revelada por la comisión de un nuevo delito. Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, PG III*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 168; Leonardo Isaac YAROCHEWSKY, *Da reincidência criminal*, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2005, pp. 81 y ss.; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “*Habituales y reincidentes*”, en *Revista de Derecho penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 83 y ss.; Mercedes ALONSO ÁLAMO, *Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia*, en “*Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*”, Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 71.; Cristina GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual, Regulación legal, avance crítico y propuesta de lege ferenda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 59 y ss.

⁴⁵¹ Como vimos en el capítulo III, ante la comprobación de que el condenado es criminalmente peligroso, se eliminan las posibilidades de gozar de los beneficios de suspensión de la ejecución de la pena, sustitución de la misma por otra —no privativa de libertad— o, finalmente, de la libertad condicional.

⁴⁵² ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “*Habituales y reincidentes*”, en *Revista de Derecho penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 78; Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y persona*, ob. cit., p. 95.

doctrina a propugnar su supresión o, al menos, su apreciación facultativa⁴⁵³. Sin embargo, la agravante de reincidencia ha sido objeto de una profunda reinterpretación por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, fundamentalmente a raíz de la Sentencia de 6 de abril de 1990, en relación con los requisitos que han de darse para su apreciación, además de los formales expresamente previstos en el mencionado artículo, lo que permite afirmar, como indica PRATS CANUT, que “la historia de la reincidencia es la historia de su limitación”⁴⁵⁴.

Para la apreciación de la reincidencia es preciso, en primer lugar, que en el momento de cometer el delito por el que es juzgado, el delincuente hubiera sido ejecutoriamente condenado; es decir, que, al tiempo de cometer el delito, el culpable haya sido previamente condenado por sentencia firme, sentencia contra la que no cabe recurso alguno; firmeza que no implica la necesidad de que la condena esté cumplida.

En segundo lugar, es necesario que la condena sea impuesta por un delito de los comprendidos en el mismo Título que aquél por el que se juzga, y que ambos delitos tengan la misma naturaleza. Como se puede apreciar, el Código Penal hispano parte del criterio formal de que los delitos estén comprendidos en el mismo Título y lo completa con el criterio material de que sean de la misma naturaleza, de manera que el juez, para apreciar la agravante debe efectuar un juicio de equiparación de las penas a imponer.

La combinación de ambos criterios permite extraer las siguientes conclusiones: sólo cabe apreciar la reincidencia en relación con los delitos,

⁴⁵³ Así, Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Código penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2A, Parte General, Editorial Hammurabi, 2007, p 342.

⁴⁵⁴ PRATS CANUT, J. M., *Comentario al artículo 22.8 CP*, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Navarra, 2004, p. 266.

pero no con las faltas; no es posible apreciar la reincidencia si los delitos, aunque sean de la misma naturaleza, se encuentran en títulos distintos, o uno regulado en el Código penal y otro en una Ley penal especial y, tampoco, entre un delito doloso y otro imprudente.

Finalmente, en tercer y último lugar es necesario que los antecedentes no hayan sido, o hubieran podido ser, cancelados.

En Derecho español, la concurrencia de los requisitos señalados anteriormente conlleva una agravación de la pena por aplicación de la regla 3ª del artículo 66 del Código Penal (pena en mitad superior); agravación que se exaspera, en virtud de la regla 5ª del artículo 66, si al delinquir el sujeto hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos de los comprendidos en el mismo Título del Código y de la misma naturaleza, en la medida que se permite imponer la pena superior en grado a la señalada por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito.

Como veremos en el epígrafe siguiente, junto a la reincidencia, como mecanismo que incide en la determinación de la pena, los sistemas penales que de una u otra forma recurren a las penas —aunque sea de forma residual— para responder ante la actividad del delincuente imputable peligroso, han incorporado a sus ordenamientos jurídicos la posibilidad de incidir en la fase de ejecución de la pena: el reincidente en cuanto puede ser considerado peligroso o siempre que reúna los requisitos para serlo (lo cual ocurrirá en repetidas ocasiones) tendrá vetado o restringido el acceso a algunos beneficios penitenciarios. En efecto la existencia de anteriores condenas afecta, principalmente, a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En el sistema español (en virtud del artículo 81,1ª) para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no superior a dos años es

requisito indispensable que el condenado haya delinquido por primera vez; en consecuencia, el reincidente de delitos dolosos (ya que el propio precepto establece que “a tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes”) tiene imposibilitado el acceso a este sustitutivo penal. Por otro lado, el artículo 87.2^a, relativo a la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a cinco años impuestas a aquellos que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia del alcohol o sustancias tóxicas, establece que, en el supuesto de que el condenado sea, además, reincidente, el Juez o Tribunal habrá de valorar por resolución motivada la oportunidad de conceder o no este beneficio; es decir, al reincidente el legislador le exige más formalidades que al resto de delincuentes.

Otros efectos, por último de la agravante de reincidencia tienen que ver con la concesión del indulto, la libertad condicional y la interrupción del plazo de prescripción de la pena.

2.2.2. Imposibilidad de aplicación de ciertos beneficios penales

Como hemos visto, es posible que el Juez o Tribunal determinen que un sujeto plenamente imputable puede en algunos casos ser, por añadidura, peligroso. En este sentido, de constatarse que un sujeto imputable es además peligroso, el juzgador, según el sistema penal que venimos comentando, podría adoptar cualquiera de las siguientes decisiones:

a) Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad

Como es sabido, los artículos 80 a 87 del Código Penal español han sido dedicados a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena⁴⁵⁵. Es necesario indicar que, aunque aparentemente esta figura no podría aplicarse a delincuentes de criminalidad grave —dado que, como se establece en el número 1 del artículo 80, sería únicamente aplicable a las personas a las que se les haya impuesto una pena privativa de libertad no mayor de dos años⁴⁵⁶⁻⁴⁵⁷— es posible que sea aplicada a ciertos delitos graves pues en el dispositivo correspondiente no se hace referencia a penas abstractas sino más bien a penas concretas ya impuestas por el Juez o el Tribunal⁴⁵⁸, por lo que se dejaría abierta la posibilidad de suspender la ejecución de la pena a los delincuentes habituales peligrosos⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Véase José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción, Sexta edición*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pp. 37-38; Agustín JORGE BARREIRO, “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, *ob. cit.*, p. 569.

⁴⁵⁶ Es necesario dejar anotado que excepcionalmente podrá suspenderse la ejecución de la pena cuando ésta sea inferior a cinco años únicamente cuando el hecho delictivo hubiera sido cometido a causa de la dependencia del sujeto activo a las sustancias señaladas en el art. 20.2 del Código penal (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos).

⁴⁵⁷ Es necesario, asimismo, dejar apuntado que la doctrina ha considerado desacertada la posibilidad de suspender la ejecución de la pena cuando ésta sea de corta duración (no mayor a dos años), pues ésta implicaría un grave menoscabo de las exigencias de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico en aras de la prevención especial. Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción, Sexta edición*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 37.

⁴⁵⁸ Véase José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, *ob. cit.*, p. 38.

⁴⁵⁹ Angel José SANZ MORÁN, *De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso*, en *“Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en*

Por otra parte, conviene señalar que el procedimiento para concederla, es decir, la decisión sobre su acuerdo, es potestativa por parte del Juez o del Tribunal. Según establece el artículo 82 del Código Penal el órgano que ha conocido la causa debe decidir en relación con la concesión de la misma, constatando el cumplimiento de los requisitos, una vez declarada la firmeza de la sentencia. La decisión sobre su acuerdo se debe tomar, tal y como lo especifica el artículo 80.1, mediante resolución motivada, es decir, mediante auto, donde el mismo precepto indica que es necesario tener en cuenta fundamentalmente la peligrosidad criminal del sujeto, así como la existencia de otros procedimientos penales contra el mismo. Ello deja clara la incorporación de la peligrosidad criminal del sujeto como elemento a valorar para acordar su concesión, lo que nos llevaría a deducir que ante la presencia de un individuo que haya sido declarado criminalmente peligroso el juzgador no podrá, de ninguna forma, suspender la ejecución de la pena, salvo que el sujeto haya actuado bajo la influencia de las sustancias señaladas en el artículo 20.2 del Código Penal. En efecto, el artículo 87 prevé un tratamiento especial para los delitos que hayan sido cometidos bajo la influencia de ciertas sustancias tóxicas; en estos supuestos el requisito para la suspensión de la pena, que consiste en que ésta sea inferior a dos años, es ampliado a 5 años, y además se deja clara constancia de que a pesar de que la peligrosidad del delincuente se haya manifestado por la reincidencia (número 2 del artículo 87) el Juez o el Tribunal aún pueden conceder el beneficio de la suspensión de la

homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez", Madrid, 2006, p. 1085; Agustín JORGE BARREIRO, "Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del estado de derecho", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Navarra, 2005, p. 566; Luis GRACIA MARTÍN, "Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reincidencia social en el Derecho español", en *Direito Penal Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Luiz REGIS PRADO (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007, p. 42

pena atendiendo a las circunstancias del hecho y del autor, lo que a nuestro juicio genera graves problemas de incertidumbre jurídica, pues la decisión que eventualmente se tome por un hecho en concreto podría variar de un Juez a otro.

b) Imposibilidad de la sustitución de las penas privativas de libertad

Como reseñamos anteriormente, para el caso que nos ocupa⁴⁶⁰ procede la sustitución de las penas privativas de libertad —regulada en los artículos 88 y 89 del Código Penal español— por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad cuando, previa audiencia de partes, las penas de prisión no excedan de un año y, excepcionalmente, las que no excedan de dos años siempre y cuando, de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de la pena de prisión habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.

De forma similar al tratamiento que merece la cuestión de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la presencia manifiesta de peligrosidad en el sujeto condenado a una pena privativa de libertad superior a tres meses e inferior a un año, acarreará la imposibilidad de aplicar el beneficio de la sustitución de la pena privativa de libertad por una de multa o de trabajo en beneficio de la comunidad. En efecto, tanto el primer párrafo del número 1 del artículo 88 (que regula la sustitución de penas inferiores a un año) como el segundo párrafo del mismo precepto (que establece los requisitos

⁴⁶⁰ En efecto, además de los dos supuestos de sustitución de penas privativas de libertad que mencionaremos en este párrafo, proceden otra forma de sustitución (la expulsión del territorio español) cuando el autor de un hecho delictivo sea un extranjero no residente legalmente en España. Véase su regulación en el art. 89 del Código Penal español.

que han de concurrir para que pueda proceder la sustitución de penas privativas de libertad no mayores de dos años) establecen que la sustitución de la pena podrá llevarse a cabo siempre que no se trate de reos habituales⁴⁶¹. En este sentido, parece ser que el codificador español ha intentado estructurar un precepto que establezca un mecanismo que elimine la posibilidad de que un sujeto peligroso pueda acceder a dicho beneficio. No obstante, conviene recordar que existe la posibilidad de que un delincuente habitual no sea peligroso, por lo que creemos que, en el supuesto de que el legislador insista en la idea de que la vía adecuada para hacer frente a la peligrosidad criminal es aquella que establezca mecanismos que permitan el endurecimiento de ejecución de la pena⁴⁶², dicho dispositivo debería modificarse en el sentido de hacer prevalecer la noción de “peligrosidad” en vez de la de “delincuentes habituales”.

c) Imposibilidad de la concesión del beneficio de la libertad condicional

Finalmente, la última consecuencia de la detección de peligrosidad criminal en el condenado puede llevar al Juez a no conceder el beneficio de la libertad condicional.

⁴⁶¹ Hay que resaltar que los supuestos de sustitución de la pena privativa de libertad no superior a dos años por una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad en vista de que el cumplimiento de aquellas frustraría los fines de prevención especial, para un amplio sector doctrinal quebrantarían las exigencias de la prevención general u de la reafirmación del ordenamiento jurídico. Véase José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, ob. cit., p. 36.

⁴⁶² Idea que en su momento (Capítulo V) criticamos.

En efecto, es requisito indispensable para la concesión de este beneficio penal —por medio del cual el condenado puede dejar de cumplir hasta una cuarta parte de la pena (véase el artículo 90.1.b. del CP español)— que el agente haya observado una buena conducta y que exista en su favor un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de España—véase el artículo 90.1.c.—.

2.2.2. Viabilidad constitucional y político-criminal del recurso al endurecimiento de la duración y del cumplimiento de la pena

Como veremos, existen algunos sistemas (tomaremos como ejemplo el sistema español anterior a la reforma penal operada en junio de 2010) en los que no se ha articulado una respuesta penal que esté específicamente direccionada al tratamiento del delincuente imputable peligroso, por lo que, en estos supuestos, la práctica judicial se ha visto en la necesidad de recurrir a la agravación de la pena —por medio de la aplicación de la agravante de reincidencia— y/o a la exasperación de la ejecución de la misma⁴⁶³, a que la peligrosidad criminal o la mera habitualidad criminal de un sujeto en algunas ocasiones pueda imposibilitar el acceso a los beneficios penales de suspensión

⁴⁶³ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y persona*, ob. cit., pp. 106 y ss.

y sustitución de las penas privativas de libertad, así como a la libertad condicional⁴⁶⁴.

En este sentido, conviene poner de manifiesto que esta forma de responder frente a la actuación del delincuente imputable peligroso — exasperando la pena y/o limitando el posible acceso a los beneficios penales — no parece, en principio, ser la respuesta más adecuada por diversas razones.

En primer lugar, no debemos olvidar que la agravante de la reincidencia no constituye, en modo alguno, la institución jurídico-penal destinada al tratamiento de la peligrosidad criminal de una persona —plenamente imputable o no— dado que, como señala la doctrina más autorizada, ha sido concebida para hacer frente a la mayor culpabilidad revelada por la comisión de un nuevo delito⁴⁶⁵. De esta forma, si partimos de la base de que la pena

⁴⁶⁴ Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*, pp. 36-38; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*. Colección “Estudios de Derecho Penal y Criminología”. ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). Granada: Comares, 2008, pp. 15 y ss.; SANZ MORÁN, Ángel José. De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso, pp. 1088 y 1089; ROBLES PLANAS, Ricardo. “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, pp. 12-14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. Habituales y Reincidentes, pp. 78-83.

⁴⁶⁵ Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, PG III*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 168; Leonardo Isaac YAROCHEWSKY, *Da reincidência criminal*, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2005, pp. 81 y ss.; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 83 y ss.; Mercedes ALONSO ÁLAMO, *Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia*, en “Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón”, Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 71.; Cristina GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual, Regulación legal, avance crítico y propuesta de lege ferenda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 59 y ss.

tiene como fundamento y límite la culpabilidad del sujeto, todo parece indicar que una exasperación de esta sanción, a través de la agravante de reincidencia o la limitación al acceso a ciertos beneficios penales, que tengan como fundamento la peligrosidad criminal revelada por el agente, no constituiría sino un grave atentado con del principio de culpabilidad que, como sabemos, establece la regla —de matiz claramente garantista— de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad⁴⁶⁶.

En este sentido, debemos tener presente que, como señalábamos en el Capítulo V, la imposición o agravación de una pena en función de una característica del autor en la que se deposita el desvalor (v. gr. la peligrosidad criminal) debe ser entendida como la principal característica del llamado “Derecho Penal de autor”.

No debemos, pues, olvidar que el problema del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso constituye un tema que, por las características que le son propias, se muestra altamente expuesto a caer dentro de planteamientos que al final de cuentas deben ser concebidos como patentes manifestaciones del Derecho Penal de autor. En efecto, esta apreciación se observa de forma clara en los planteamientos que postulan que el tratamiento de esta clase de delincuentes debe desarrollarse en el ámbito de las penas, en la medida que son plenamente imputables y que por lo tanto, al menos según lo establecido por la legislación española, no podrían ser sometidos a ninguna clase de medidas de seguridad. Conviene apuntar que quienes plantean esta idea, se muestran renuentes a aceptar que podría reaccionarse a través del Derecho de medidas dado que éstas, al determinarse en función de la

⁴⁶⁶ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, PG III*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 16.

peligrosidad criminal, pueden llegar a tener una duración muy larga e, incluso, indeterminada, generando de esta forma una grave inseguridad jurídica⁴⁶⁷.

Sin embargo, estas motivaciones de carácter garantista se enfrentan con el serio problema de justificar la agravación de la pena (que proponen en vez del recurso al Derecho de medidas) en función de un modelo criminológico: un sujeto responsable de sus actos pero criminalmente peligroso. En esta línea de ideas, creemos que la imposición o agravación de una pena a una persona peligrosa, sólo por el hecho de ser peligrosa, no puede sino constituir una de las manifestaciones más claras del Derecho Penal de autor.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el sujeto reincidente —al menos el imputable peligroso— con la repetición del hecho delictivo manifiesta una clara tendencia a la comisión de delitos, por lo que podríamos afirmar que en algunos supuestos la capacidad de culpabilidad puede no verse aumentada. CEREZO MIR ha puesto especial énfasis en estos supuestos al señalar que “Hay que reconocer, sin embargo, que incluso en la reincidencia específica en alguna ocasión puede no ser mayor la capacidad de autodeterminación del sujeto, dada su personalidad o por no haber recibido, de hecho, un tratamiento adecuado para conseguir su reinserción social [...]”. En este sentido, secundamos al Prof. CEREZO MIR, cuando señala que en estos supuestos “la circunstancia agravante de reincidencia debería tener [...] un carácter facultativo”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Este argumento no deja de tener cierto sentido, aunque si concebimos, como lo hacemos nosotros, que a las medidas de seguridad se le pueden establecer algunos límites objetivos, la crítica quedaría desvirtuada. Véase el Capítulo V de esta investigación.

⁴⁶⁸ Recordemos, pues, que por imperio de la ley penal vigente (nº 8 del art. 22 y art. 66, regla 3ª) la apreciación de dicha agravante es obligatoria. Cfr. José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, PG III*, ob. cit. p. 169.

III. EL RECURSO A LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO PARTE DEL TRATAMIENTO DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL DEL DELINCUENTE IMPUTABLE

Las medidas de seguridad de mayor trascendencia en el ámbito comparado ha sido, principalmente seis: la libertad vigilada por medio del control telemático, la castración química, la psicocirugía, la custodia de seguridad, el internamiento en un centro de terapia social y, finalmente, los registros especiales y la notificación a la comunidad. Pasemos a analizar cada uno de ellas.

3.1. Custodia de seguridad

3.1.1. La custodia de seguridad: Pasado y presente

Han pasado casi 80 años desde que esta medida fuera por vez primera reflejada en el Derecho positivo⁴⁶⁹. Sin embargo, la discusión sobre la conveniencia de su inclusión se remonta a algunos años atrás. Veamos pues, cómo se desarrolló esta cuestión.

a) Origen de la medida

La custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) es una institución penal de notable cuño germano. Como señala MUÑOZ CONDE los intentos de justificación de la misma se remontan a la Fundamentación que Gustav

⁴⁶⁹ Véase, MERKEL, Grischa, "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights", en *German Law Journal*, Vol. 11, N° 09, 2010, p. 1047. Disponible en <http://www.germanlawjournal.com>; Cfr. KREUZER, Arthur, "Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?", *op. cit.*, pp. 145 y ss.

RADBRUCH (1878-1950) dio a su Proyecto⁴⁷⁰: “El proyecto propone una contundente intervención contra la delincuencia habitual, aun mayor contra la profesional, que, como consecuencia de la guerra, ha adoptado las formas más amenazantes. Quien, por su repetida reincidencia, se convierte en un delincuente habitual peligroso para la seguridad pública, puede ser castigado en el proyecto con severas penas de prisión que pueden llegar, en caso de delitos menos graves, a cinco años y, en caso de delitos graves, hasta los quince años. [...] Aquí se prevé, por tanto, un marco penal especial contra una determinada clase de personas, sin consideración a la clase de delito; en la medición de la pena el hecho retrocede completamente ante el autor. Pero el Proyecto no se da por satisfecho con esta agravación, aunque limitada de la pena, y *posibilita que los delincuentes citados en el parágrafo 77, que no son corregidos por la pena de prisión agravada, sean retenidos para la seguridad de la sociedad, una vez cumplida la pena, imponiendo un internamiento de seguridad por un tiempo no determinado en un principio* (parágrafo 45)”⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 40 y 41; también, MERKEL, Grischa, “Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, ob. cit., p. 1048.

⁴⁷¹ Las cursivas son nuestras. Sin embargo, conviene anotar que RADBRUCH continúa su discurso señalando que “El proyecto no ha acogido, en cambio, la ‘sentencia indeterminada’. Cuando se impone una pena, la duración de la misma debe determinarse ya en la sentencia. Pero la idea fundamental de la sentencia indeterminada, hacer depender la mayor o menor duración de la pena de prisión del efecto que tenga su ejecución en el condenado, encuentra, sin embargo, suficiente consideración en el proyecto. *El internamiento por tiempo indeterminado que el proyecto rechaza para las penas encuentra, en cambio, amplia acogida en las medidas de seguridad*”. Las cursivas también son nuestras; cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, ob. cit.,

De esta forma, desde su introducción en la legislación penal alemana, en 1933, la custodia de seguridad ha constituido el principal instrumento del Estado para combatir la peligrosidad revelada por algunos delincuentes imputables⁴⁷². No obstante, la doctrina que se ha ocupado del asunto, ha centrado su atención en el hecho de que, desde su origen, tal medida ha venido siendo aplicada de forma abusiva. En efecto, los archivos correspondientes indican que para 1939 se impuso esta medida a más de 1000 personas por término medio al año, e incluso en 1938 hubo un día en el que se encontraban sometidas a ella casi 4000 personas⁴⁷³. No obstante también han sido manejadas las cifras que indican que entre 1934 y 1942 fueron condenadas a este internamiento de seguridad más de 16000 personas⁴⁷⁴. Sin embargo, tras el derrumbe del régimen nacionalsocialista esta medida se mantuvo prácticamente inaplicada hasta que en 1998 la Ley para la lucha contra los delitos sexuales¹⁰ reformó los presupuestos de su imposición, ampliando sus posibilidades de aplicación. Posteriormente, la custodia de seguridad ha sido reformada en dos ocasiones más para extender su ámbito de operatividad a casi todas las situaciones en las que la peligrosidad del delincuente resulta una “amenaza para la sociedad”.

p. 41; MERKEL, Grischa, “Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, ob. cit., p. 1048.

⁴⁷² Cfr. Cfr. KREUZER, Arthur, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, *op. cit.*, pp. 145 y ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre de 2007, p. 6.

⁴⁷³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. 1., Traducción de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1982, p. 1112.

⁴⁷⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, ob. cit., p. 43.

b) Aproximación conceptual

De forma genérica, podría definirse a la custodia de seguridad como la medida de seguridad consistente en la prolongación de la privación de libertad impuesta a una persona que haya sido condenada por la comisión de un delito y en la que se observe que persiste la peligrosidad criminal revelada por el mismo, aún a pesar de haber cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad correspondiente⁴⁷⁵.

De esta definición se puede inferir claramente que dicha medida persigue como fin primario la inoquización de la peligrosidad que porta la persona condenada a la misma, por lo que se da por válida la negación de la posibilidad de que dicho sujeto pueda ser, de una u otra forma, tratado a través del recurso a medidas de carácter terapéutico⁴⁷⁶.

En efecto, por las razones que acabamos de apuntar, la medida de seguridad materia de análisis ha de ser ejecutada única y exclusivamente tras el efectivo cumplimiento de la pena de prisión impuesta en función de la medida de culpabilidad del agente.

c) Funcionamiento

⁴⁷⁵ Cfr. MERKEL, Grischa, "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights", en *German Law Journal*, ob. cit., pp. 1046 y s.; Cfr. KREUZER, Arthur, "Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?", *op. cit.*, pp. 145 y ss.

⁴⁷⁶ Cfr. MERKEL, Grischa, "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights", en *German Law Journal*, ob. cit., pp. 1046 y s.

Como sabemos, la custodia de seguridad se encuentra contemplada en el § 66 del Código Penal alemán (en adelante StGB)⁴⁷⁷. En este sentido, la

⁴⁷⁷ En efecto, el § 66 del Código Penal alemán dispone: “§ 66. **Internamiento en custodia de seguridad.** (1) Si alguien ha sido condenado por un hecho punible doloso a pena privativa de la libertad de dos años como mínimo el tribunal ordenará, junto con la pena, la internación en custodia de seguridad, cuando: 1. el autor haya sido condenado dos veces a una pena privativa de la libertad de al menos dos años, por delitos dolosos cometidos con anterioridad a la ejecución del nuevo delito, 2. el autor haya cumplido por lo menos dos años de pena privativa de la libertad por uno o varios delitos antes del nuevo hecho, o cuando se haya encontrado cumpliendo una medida de seguridad y reinserción social privativa de libertad; y, 3. de la valoración en conjunto del autor y de sus delitos trae como resultado la apreciación de su inclinación para cometer hechos antijurídicos relevantes, especialmente aquellos en los que la víctima resulte perjudicada gravemente psíquica o corporalmente o causen graves perjuicios económicos y sea peligroso para la comunidad. (2) Si alguien ha cometido tres hechos punibles dolosos por los que haya incurrido en cada caso en pena privativa de la libertad de por lo menos un año y siendo condenado por uno o más de estos hechos a pena privativa de la libertad temporal de tres años mínimo, entonces el tribunal puede ordenar bajo los presupuestos indicados en el inciso primero numeral tercero junto a la pena la custodia de seguridad, incluso sin anterior condena o privación de la libertad. (inciso primero numerales 1 y 2). (3) Si alguien por un crimen o por un hecho punible conforme a los §§ 174 hasta 174c, 176, 179 inciso 1 a 3, § 180, 182, 224, 225 inciso 1 o 2 o según el § 323a, por cuanto el hecho se ha cometido en embriaguez constituye un crimen o uno de los hechos antijurídicos anteriormente citados y ha sido condenado a una pena privativa de la libertad temporal de por lo menos dos años, entonces el tribunal puede ordenar junto con la pena la custodia de seguridad, cuando el autor por uno o más de tales hechos punibles que ha cometido antes del nuevo hecho ha sido condenado ya a una pena privativa de la libertad de por lo menos tres años y se llenan los presupuestos precisados señalados en el inciso primero numeral segundo y tercero. Si alguien ha cometido dos hechos punibles de los mencionados en la primera frase y ha incurrido a través de ellos en cada caso en una pena privativa de la libertad de por lo menos dos años y ha sido condenado por uno o más de esos hechos a pena privativa de la libertad temporal de por lo menos tres años, entonces el tribunal puede imponer bajo los presupuestos establecidos en el inciso primero numeral tres junto a la pena la custodia

doctrina coincide en señalar que a finales de la década de los noventa esta medida —que, como vimos, en su periodo inicial fue gratamente aceptada y utilizada por el nacionalsocialismo⁴⁷⁸— cayó prácticamente en desuso⁴⁷⁹; sin embargo, es precisamente durante este periodo que comienzan a modificarse los presupuestos de su aplicación debido al fuerte tratamiento mediático de una serie de casos de ataques contra la vida, libertad e indemnidad sexual de menores⁴⁸⁰.

de seguridad también sin una condena anterior o sin una pena privativa de la libertad. Los incisos primero y segundo quedan invariables. (4) En el sentido del inciso primero numeral primero se aplica una condena a pena global como única condena. Si se abona una prisión preventiva u otra pena privativa de la libertad a la pena privativa de la libertad entonces vale como pena cumplida en el sentido del inciso primero numeral segundo. Un hecho anterior permanece fuera de consideración cuando entre él y el hecho siguiente han pasado más de cinco años. En el plazo no se incluirá el tiempo en el que el autor este custodiado en un establecimiento por una orden oficial. Un hecho que haya sido tribunal fuera del ámbito de validez de esta ley se equipara a un hecho tribunal dentro de este ámbito cuando éste fuera según el derecho penal alemán un hecho doloso en los casos del inciso tercero, uno de la clase de hechos punibles señalados en el inciso tercero frase primera”.

⁴⁷⁸ Cfr. Francisco MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 42.

⁴⁷⁹ Después de que durante sus primeros diez años de vigencia fuese aplicada sistemáticamente sobre varios millares de personas. Cfr. Francisco MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, cit., pp. 42 y 43; Cfr. MERKEL, Grischa, “Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, ob. cit., pp. 1046 y s.

⁴⁸⁰ Así, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., pp. 59 y ss.; también, JAKOBS, Günter / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pp. 38 y 39.

Recordemos, pues, que la custodia de seguridad, al menos en su formulación original (1933), preveía la posibilidad de prolongar la privación de libertad por un periodo máximo de 10 años tras el cumplimiento de la pena de prisión en todos los supuestos en los que se aprecie, y justifique, la existencia de peligrosidad criminal en el sujeto condenado. En la versión primigenia de esta medida, dicha prolongación tenía que ser decretada en la misma Sentencia condenatoria y podía imponerse tanto obligatoria —en los supuestos de delincuencia grave reincidente— como facultativamente —en aquellos supuestos en los que se aprecie peligrosidad criminal en el sujeto condenado a pesar de que éste no sea reincidente—. ⁴⁸¹

Sin embargo, como indicábamos más arriba, las posteriores reformulaciones a las que se sometió a esta medida, permitieron que se ampliase su ámbito de aplicación mediante la adopción de una serie de disposiciones que, al menos en nuestro entorno, han suscitado un polémico debate ⁴⁸². En efecto, con la reforma de 1998 ⁴⁸³ se eliminó el límite de

⁴⁸¹ REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Marzo de 2008, pp. 4 y ss.

⁴⁸² Sobre este tema volveremos con profundidad en los epígrafes siguientes del presente Capítulo. Basta mencionar, por lo pronto, que mientras que, por un lado, el Tribunal Constitucional alemán ha manifestado su conformidad con los presupuestos actuales de aplicación de la Custodia de Seguridad (Cfr. BVerfGE NJW, 2004, pp. 739-740; BVerfGE NJW, 2006, pp. 3484 y s.), por otro, la doctrina se ha mostrado escéptica —y, en muchos casos, contraria— a de la medida (Cfr. entre otros, Ángel José SANZ MORÁN, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Francisco BUENO ARÚS / Helmut KURY / Luis RODRÍGUEZ RAMOS / Eugenio Raúl ZAFFARONI (Dirs.), Dykinson, 2006, pp. 1094 y ss.; Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 102-105; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Dirs.), Editorial Lex Nova,

imposición —máximo— de 10 años, abriéndose la posibilidad de aplicar la custodia de forma perpetua. Por su parte, la modificación del 2002⁴⁸⁴ trajo como novedad la posibilidad de que el juzgador pueda reservarse, en la sentencia, la imposición de la medida (*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*), siempre y cuando aprecie que el pronóstico de peligrosidad es incierto al momento de producirse la condena. Finalmente, mediante la reforma del 2004⁴⁸⁵ se otorgó a los Tribunales —con el objeto de cubrir los casos de delincuentes sexuales peligrosos condenados con anterioridad a la modificación del 1998— la facultad de imponer la custodia de seguridad después de dictada la sentencia aun cuando en ésta no se haya reservado el derecho de dictar la medida (*nächträgliche Sicherungsverwahrung*).

De esta manera, se prescinde ahora completamente de la obligación de dictar la medida o su reserva en la sentencia condenatoria, pudiendo el tribunal

Valladolid, 2007, pp. 75 y ss.; Asier URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 211 y ss.).

⁴⁸³ “Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten”. Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, ob. cit., p. 5 y s.

⁴⁸⁴ “Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung”. Cfr. KREUZER, Arthur, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, *op. cit.*, pp. 145 y ss.; MERKEL, Grischa, “Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, ob. cit., pp. 1047 y 1048; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, ob. cit., p. 5 y s.

⁴⁸⁵ “Gesetz zur Einführung der nächträglichen Sicherungsverwahrung”. Cfr. MERKEL, Grischa, “Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, ob. cit., pp. 1047 y 1048; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, ob. cit., p. 5 y s.

decretar la custodia con posterioridad a la sentencia y antes de que el sujeto alcance la libertad cuando así lo aconseje una valoración global de las circunstancias del delincuente a la luz de su peligrosidad. En la actualidad existe un proyecto de ley para introducir la custodia de seguridad impuesta con posterioridad en el ámbito del Derecho penal juvenil⁴⁸⁶.

En Suiza se ha dado un paso más allá al aprobar por iniciativa popular una modificación de la Constitución⁴⁸⁷ (pendiente en la actualidad de ratificación parlamentaria) en virtud de la cual a un delincuente violento o sexual que sea definido como extremadamente peligroso y no susceptible de tratamiento pueda imponérsele la medida de internamiento en custodia de seguridad *perpetua y sin posibilidad de revisión* por su elevado riesgo de reincidencia⁴⁸⁸.

De todas formas, nótese que una de las notas características que se mantienen desde su inclusión en el Derecho positivo alemán es que su imposición es *obligatoria* en los supuestos de de delincuencia grave reincidente y, *facultativa* cuando, a pesar de no existir condenas anteriores, se

⁴⁸⁶ Cfr. KREUZER, Arthur, "Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?", *op. cit.*, pp. 145 y ss.; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, "Peligrosidad criminal y Constitución", *ob. cit.*, p. 6 y s.; MERKEL, Grischa, "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights", en *German Law Journal*, *ob. cit.*, pp. 1047 y 1048.

⁴⁸⁷ Art. 13^a BV.

⁴⁸⁸ Sólo cuando mediante nuevos descubrimientos científicos se acredite que el delincuente puede ser tratado, de manera que deje de existir peligro para la sociedad, podrá emitirse un nuevo informe en virtud del cual las autoridades podrán dejar en suspenso la medida de custodia. Véase, críticamente, KUNZ/STRATENWERTH, "Zum Bericht der Arbeitsgruppe 'Verwahrung'", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 123, 2005, pp. 2 y ss.

estime que el sujeto es, efectivamente, portador de cierta peligrosidad criminal revelada precisamente por la comisión de diversos delitos dolosos⁴⁸⁹. El requisito material que en todo caso debe concurrir es la tendencia o propensión a la comisión de delitos de gravedad (peligrosidad criminal)⁴⁹⁰ y la existencia del correspondiente “peligro para la sociedad”.

3.1.2. La aplicación de la custodia de seguridad como tratamiento penal del delincuente imputable peligroso

Como hemos visto, debido a sus fines, la custodia de seguridad tiene cabida únicamente cuando se prevé que las medidas preventivo especiales de carácter terapéutico no cumplirán sus objetivos; de ahí que se considere adecuada su aplicación en los supuestos de sujetos reincidentes. Por esta razón el recurso a dicha medida, con razón ha sido calificada, al menos en el ámbito

⁴⁸⁹ En efecto, es evidente que para el Derecho alemán el fundamento de la imposición de la custodia de seguridad está constituido por la peligrosidad criminal revelada por el condenado. En este sentido, el hecho de que el sujeto haya sido, efectivamente condenado con anterioridad por la comisión de otros tantos delitos, constituye únicamente un síntoma que revela que dicho sujeto es portador de la mencionada peligrosidad, pero de ninguna forma es constituye un factor determinante de la misma. Ello se infiere del hecho de que el legislador alemán haya incorporado la posibilidad de que proceda la imposición de dicha medida aún a pesar de no existir condenas anteriores (pues, recordemos, estas únicamente constituyen síntomas de la peligrosidad), pues esta situación no impide, en modo alguno, que el sujeto sea portado de peligrosidad criminal.

⁴⁹⁰ En la actualidad ya no sólo contra la vida y la integridad, sino también de carácter económico.

germano, como “el último recurso de la política criminal”⁴⁹¹. Sin embargo, la doctrina —tanto alemana, como española— se muestra profundamente dividida en torno a la constitucionalidad de por lo menos algunas de sus modalidades de imposición. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha declarado en dos ocasiones que la custodia de seguridad es compatible con la Ley Fundamental⁴⁹². Por otro lado, no debe olvidarse que en Alemania el internamiento en centro psiquiátrico como medida de seguridad para delincuentes inimputables también puede tener una duración indeterminada y que además existe la condena a cadena perpetua⁴⁹³⁻⁴⁹⁴. Todo ello ha llevado a

⁴⁹¹ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, ob. cit., p. 7; Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, ob. cit., p. 6.

⁴⁹² Así, BVerfG, NJW 2004, p. 739 (p. 744); BVerfG, NJW 2006, p. 3483 y s. En esta última sentencia el Tribunal ha declarado la constitucionalidad de la custodia de seguridad impuesta con posterioridad a la sentencia siempre que la peligrosidad del sujeto resulte de circunstancias nuevas que no fueron tenidas en cuenta en la sentencia condenatoria. Cfr. KREUZER, Arthur, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

⁴⁹³ En Alemania la cadena perpetua está únicamente prevista para el asesinato y su constitucionalidad está supeditada a que tras 15 años de privación de libertad el sujeto quede en libertad condicional si no representa un peligro para la sociedad.

⁴⁹⁴ Algunos datos relevantes: en el año 2003 se impuso la medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo indeterminado a 876 sujetos y la custodia de seguridad a 66. A fecha de 31.3.2004 en Alemania permanecían un total de 5390 sujetos internados en centros psiquiátricos por tiempo indeterminado y un total de 324 sujetos sometidos a custodia de seguridad. Estos datos contrastan con el número de sujetos condenados a cadena perpétua en el mismo año 2003: 80; y con el número de sujetos condenados a una pena de entre 10 y 15 años de prisión: 160. Asimismo, a fecha de 31.3.2004 en Alemania estaban cumpliendo cadena perpetua 1794 personas y 1051 lo hacían bajo una condena de entre 10 y 15 años de privación de libertad. Cfr. URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, pp. 133 y 134;

buena parte de la doctrina a afirmar que en la actualidad no puede sostenerse seriamente la existencia de una estricta separación entre la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad privativas de libertad⁴⁹⁵. En particular, la rápida y desmedida expansión de la custodia de seguridad —descrita en el epígrafe anterior— ha encontrado en la doctrina un importante rechazo, que se ha ocupado de denunciar la preocupante ausencia de límites y la contradicción de la regulación que de esta medida hace el *StGB* con principios fundamentales del Estado de Derecho⁴⁹⁶⁻⁴⁹⁷. Analicemos, pues, los argumentos que desde el

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Marzo de 2008, pp. 4 y ss.

⁴⁹⁵ En este sentido, Cfr. URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, ob. cit., pp. 133 y ss.

⁴⁹⁶ Denunciándose incluso la infracción del art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, ob. cit., pp. 4 y ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, ob. cit., p. 7.

⁴⁹⁷ Conviene resaltar el aporte de KREUZER (“Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, *ZIS* 4/2006, p. 147-148, citado por ROBLES PLANAS), para quien: “la pena y la medida de seguridad conminan, (y en el caso concreto) se imponen y se ejecutan con finalidades preventivas tanto desde el punto de vista general como individual. El proceso penal es el mismo. La peligrosidad del autor opera agravando la pena. Ambas sanciones se vinculan con hechos delictivos cometidos. Ambas se ubican según el Tribunal Constitucional dentro de la misma competencia legislativa penal del Estado. En la ejecución de la pena de prisión se trata también de la protección de la sociedad. La ejecución de ambas sanciones tiene lugar en los mismos establecimientos o departamentos. Ambas formas de ejecución deben prever el tratamiento. En definitiva, los custodiados experimentan la ejecución de la misma manera a como la experimentan los presos, si bien con perspectivas mucho más vagas acerca de su puesta en libertad. Si, por consiguiente, los aspectos comunes preponderan, entonces el constructo teórico (ampliamente desconectado del empirismo), por no decir sofista, de una diferenciación fundamental entre pena y medida de seguridad no

Derecho han sido esgrimidos en contra y a favor de esta polémica medida de seguridad.

3.1.3. Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación de la medida

Como hemos señalado con anterioridad, el § 66 del Código Penal Alemán ha previsto la posibilidad de imponer la medida de custodia de seguridad junto con la pena cuando nos encontremos frente a delincuentes imputables peligrosos que hayan sido condenados a una pena de dos o más años por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando hubieran sido condenados con anterioridad a penas superiores a un año por la comisión de dos o más delitos dolosos, y que sean declarados como portadores de peligrosidad criminal —luego de haberse efectuado el correspondiente juicio de peligrosidad— siempre que los delitos que se prevea que cometerán sean delitos graves contra las personas o, en su caso, que causen perjuicios económicos de tal magnitud que los haga peligrosos para la comunidad.

Es importante señalar una particularidad de la legislación alemana en relación con la imposición de dicha medida. Según lo estipulado por el propio § 66 *a*, si para cuando se produce la condena el juez no ha conseguido comprobar con un índice de fiabilidad bastante alto si el delincuente es o no portador de peligrosidad criminal, éste tiene la potestad de realizar una reserva de la imposición de dicha medida en el fallo, a fin de pronunciarse sobre este

debería justificar una separación radical del ámbito de protección de las garantías de la libertad del art. 103.2 y 3 GG [principio de legalidad penal; *non bis in idem*], sino en todo caso su matización gradual". Traducción de ROBLES PLANAS, Ricardo, "'Sexual Predators'. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad", ob. cit., p. 8.

punto como máximo seis meses antes del momento en que pueda solicitarse la aplicación del beneficio penal de suspensión de la ejecución de la pena⁴⁹⁸.

De otro lado, también cabe resaltar la posibilidad —prevista por el § 66 *b* StGB— de que el Tribunal imponga la medida de custodia de seguridad con posterioridad al fallo —siempre y cuando se encuentre ante la comisión de una serie de delitos de especial gravedad (homicidio, lesiones, secuestros, delitos sexuales, etc.)— y antes del cumplimiento de la pena, cuando la personalidad del delincuente, los delitos cometidos y, finalmente, la evolución que la peligrosidad criminal haya podido sufrir a lo largo del tiempo de cumplimiento de la pena, revelen la posibilidad de que el delincuente, al terminar de cumplir la condena volverá a cometer infracciones penales de especial entidad y, por lo tanto, dicho sujeto represente un peligro para la comunidad⁴⁹⁹.

Asimismo, debemos recordar que, según lo establecido por el § 67 *d* (3) StGB, la medida de custodia de seguridad tiene una duración indeterminada, y únicamente cuando el condenado haya cumplido diez años sometido a ella, el Juez o Tribunal pueden ordenar su cese siempre y cuando hayan podido comprobar que la peligrosidad criminal que motivó la imposición de dicha medida haya desaparecido⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, *ob. cit.*, p. 980.

⁴⁹⁹ GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, *ob. cit.*, p. 981.

⁵⁰⁰ Sobre la custodia de seguridad en el Derecho alemán, véase el reciente estudio de CANO PAÑOS, “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal alemán”, en CPC n° 91, 2007, pp. 205 y ss.; véase también el trabajo de CEREZO MIR, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de

Como acertadamente señala el GRACIA MARTÍN, la custodia de seguridad es una medida de seguridad que tiene por finalidad exclusiva la *inocuidación* del sujeto que haya sido declarado portador de peligrosidad criminal y que, por tanto, representa un peligro para los bienes jurídicos más importantes de la comunidad⁵⁰¹. En este sentido y con la descripción que acabamos de realizar respecto del sistema de funcionamiento de la custodia de seguridad cabe, pues, preguntarse sobre la legitimidad y viabilidad político-criminal y constitucional que revestiría la incorporación de esta medida al ordenamiento jurídico⁵⁰².

En este sentido, creemos que ha sido el Profesor GRACIA MARTÍN quien ha profundizado con mayor acierto sobre este tema. En este sentido, dicho autor entiende —junto con la doctrina mayoritaria— que la idea de libertad de la persona, garantizada por la Constitución, no debe ser entendida sino como una libertad íntimamente vinculada a la comunidad⁵⁰³. En este sentido, y teniendo como base esta idea, se muestra patente la justificación de la imposición de medidas de seguridad (que implican, efectivamente, una restricción de la libertad exterior) a aquellos individuos que no sean capaces de adecuar su conducta de acuerdo con las normas, socialmente aceptadas, que regulan los mecanismos de protección de los bienes jurídicos más importantes.

responsabilidad criminal”, ob. cit., pp. 16 y 17 y el de SILVA SÁNCHEZ, “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, en *InDret Penal*, pp. 1 – 3.

⁵⁰¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, en *InDret Penal*, pp. 1 – 3

⁵⁰² Y para ello hemos de tener en cuenta que el Tribunal Constitucional alemán ha declarado que la imposición de la medida de seguridad materia de análisis es compatible con la Constitución.

⁵⁰³ GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, ob. cit., p. 976.

Esta idea ha llevado al Prof. GRACIA MARTÍN a afirmar que “aquél que no es capaz de regirse por las normas indispensables del orden ético-social mínimo, no debe poder exigir al mismo tiempo que se le permita llevar a cabo una participación social plena”⁵⁰⁴.

No obstante, como sabemos, el razonamiento expuesto en el párrafo anterior es compartido por la doctrina mayoritaria cuando nos encontramos ante supuestos en los que el sujeto que no adecua su comportamiento a las normas sociales de convivencia es incapaz de hacerlo por padecer, en mayor o menor medida, alguna alteración (patología) cognitiva o de la percepción que le impida comprender el carácter ilícito de su acto o en su caso obrar conforme a dicho conocimiento: es decir, cuando el sujeto es inimputable o, al menos, semiimputable⁵⁰⁵. En este sentido, en los casos en los que el sujeto goce de plena capacidad de culpabilidad y que a pesar de ello rechace conscientemente adecuar su conducta a las normas de convivencia mencionadas, podría discutirse la procedencia de la imposición de una medida de seguridad únicamente, como venimos insistiendo a lo largo del presente trabajo de investigación, cuando concurra el requisito fundamental de la imposición de las mismas: la peligrosidad criminal.

De esta forma, la persistencia de peligrosidad criminal en el agente posibilita que, en concordancia con el *principio de salvaguarda del interés*

⁵⁰⁴ GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, ob. cit., p. 975; en la misma línea de pensamiento RODRIGUEZ MOURULLO, *Medidas de seguridad*, pp. 367 ss.; JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad*, pp. 84 ss.

⁵⁰⁵ Véase CEREZO MIR, José, *Derecho Penal, Parte General, I, Introducción*, ob. cit., p. 42.

*preponderante de protección de la libertad y seguridad de todos*⁵⁰⁶, pueda considerarse compatible la imposición de medidas de seguridad a sujetos peligrosos plenamente imputables en la medida que el interés de la seguridad común reviste mayor valor que el interés del autor por la conservación de su libertad.

Sin embargo, la idea expuesta anteriormente únicamente puede justificar la imposición de una medida de seguridad en términos generales, pero para poder justificar la imposición de la custodia de seguridad habría que analizar si es compatible con los demás principios que informan al Estado de Derecho y, sin duda, al Derecho Penal mismo⁵⁰⁷. En esta línea de ideas, y teniendo en cuenta que la custodia de seguridad es una medida que conlleva, necesariamente, a la privación de libertad del individuo (imputable) portador de peligrosidad, el juicio de legitimación de la misma tendrá que abordar, en primer lugar, la cuestión de su compatibilidad con el mandato constitucional del respeto a la dignidad humana (artículo 10 de la Constitución española)⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Cfr. CEREZO MIR, José, *Derecho Penal, Parte General, I, Introducción*, ob. cit., p. 42; el mismo, "Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal", ob. cit., pp. 16 – 20; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, "Habituales y reincidentes", en *Revista de Derecho Penal*, Ángel TORÍO LÓPEZ / Ángel SANZ MORÁN (Directores), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 88 y 89. En la doctrina alemana, según indica GRACIA MARTÍN: STRATENWERTH/KUHLEN AT I, p. 21 marginales 42 s.

⁵⁰⁷ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, "Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad", en *Revista Penal*, Núm. 17, Editorial Praxis, Barcelona, 2006, pp. 155 y ss.

⁵⁰⁸ En este sentido, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, "Peligrosidad criminal y Constitución", ob. cit. pp. 4 y ss.; GRACIA MARTÍN, Luis, "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho", ob. cit., p. 977; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, "Un problema de

En este sentido, podría parecer que la custodia de seguridad, dado que no persigue ningún otro fin que la inocuización del sujeto peligroso, reduce al ser humano a la condición de un objeto con miras a la consecución de un fin (la seguridad). Si tuviésemos esta afirmación por verdadera, cabría argumentar que la imposición de dicha medida de seguridad supone un grave atentado en contra de la dignidad de la persona⁵⁰⁹

A pesar de ello, creemos que un análisis pormenorizado del problema podría llevarnos a pensar que la custodia de seguridad, al menos en algunos supuestos, es perfectamente compatible con el mandato constitucional del respeto de la dignidad, a pesar de ostentar una naturaleza de marcado carácter inocuizador⁵¹⁰. Veamos, pues, por qué.

Partiendo de la idea de que sistema social se funda en un acuerdo (si se quiere, tácito) entre ciudadanos que, por común interés, han establecido unas normas mínimas que aseguren la convivencia pacífica de todos los miembros de la sociedad, claro está, protegiendo de forma especial los bienes jurídicos más valiosos, queda claro que la mayoría de individuos orientará su conducta conforme a dichas normas. Sin embargo, como sabemos, no ha sido ajena a las diversas sociedades la presencia de sujetos plenamente responsables que, por una u otra razón, toman la decisión consciente de no participar o cumplir con las reglas de convivencia mínimas establecidas (sujetos imputables peligrosos). De esta forma, en consonancia con la idea de la convivencia

peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

⁵⁰⁹ REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, *ob. cit.* pp. 5 y 6; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

⁵¹⁰ Así, Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Habituales y reincidentes”, *ob. cit.*, p. 88.

pacífica, el Estado —claro está, a través del Derecho— está facultado a exigir a sus ciudadanos a comportarse de acuerdo con los parámetros que garanticen el cumplimiento de las normas de convivencia mínimas para la sociedad. En esta línea de ideas, toda persona que desee desarrollarse en el seno de una sociedad organizada de tal modo, como señala GRACIA MARTÍN, “tiene que hacerse cargo [...] de formarse para sí mismo un sistema ético individual de acción práctica compatible con las exigencias del orden de la comunidad social que posibilita aquel estado de socialidad”⁵¹¹. En consecuencia, quien no actúe de acuerdo con dichas normas mínimas —sin importar si en el plano subjetivo concuerda o no con ellas—, debe contar con que el Estado responda o reaccione con el fin de proteger tanto los bienes jurídicos que están a su cargo, como el orden social mismo. Dicho de otro modo —y haciendo uso del ejemplo propuesto por el Prof. GRACIA— “el que agarra con sus manos un cable pelado del tendido eléctrico de alta tensión tiene que contar con recibir una descarga eléctrica probablemente mortal”⁵¹².

Conviene poner de manifiesto que, como ya habíamos apuntado anteriormente, en este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional alemán⁵¹³, afirmando que la custodia de seguridad no lesiona la

⁵¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, *ob. cit.*, p. 977.

⁵¹² GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, *ob. cit.*, p. 980; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

⁵¹³ BVerfG, NJW 2004, p. 739 (p. 744); BVerfG, NJW 2006, p. 3483 y s. Un profundo análisis de dichas sentencias en REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, *ob. cit.*, pp. 4 y s.

dignidad humana en la medida en que con ella se posibilita una vida responsable en libertad. De este modo, la custodia de seguridad, teóricamente, no puede ser vista como contraria a la dignidad humana, así como tampoco al derecho al libre desarrollo de la personalidad y, siguiendo al Prof. GRACIA, si no es por *otras* razones distintas, entonces no puede estimarse inconstitucional.

En este sentido, la doctrina viene discutiendo sobre la cuestión de si la custodia de seguridad afecta, de una u otra forma, a ciertos derechos fundamentales de la persona. No obstante, resulta relevante anotar que las apreciaciones sobre esta cuestión presentan grandes particularidades según la forma en la cual sea impuesta la custodia de seguridad.

En efecto, si se estableciese que la medida puede ser únicamente aplicada por un periodo determinado (por ejemplo, en los términos establecidos por el StGb en 1933, en los que la custodia no podía exceder de 10 años), la valoración sobre la afectación de la misma al principio de proporcionalidad y a los derechos fundamentales, parece no presentar mayores complicaciones.

Así, si trabajamos con la idea de que el principio de proporcionalidad debe ser calibrado teniendo en cuenta los dos factores mencionados en el Capítulo V (*a.*- la peligrosidad del agente y *b.*- la asunción que la sociedad debe realizar respecto de una cuota de riesgo de producción del daño), entonces debemos llegar a la conclusión de que la imposición de la medida de custodia de seguridad por una duración determinada —por ejemplo, 10 años— a un delincuente sexual peligroso, se muestra proporcional al daño esperado, más aún teniendo en cuenta que luego de cumplido el periodo de

internamiento, será la sociedad la que asuma el riesgo de reincidencia⁵¹⁴ (entendemos que dicho riesgo, por el paso de los años, será mucho menor que el que dio origen a la medida).

En esa línea de ideas, no cabe duda que la valoración respecto de la compatibilidad de la custodia de seguridad impuesta por tiempo indeterminado conlleva a apreciaciones completamente diferentes.

De esta forma, y de acuerdo con la opinión que creemos acertada⁵¹⁵, la cuestión de la admisibilidad de la custodia de seguridad tendría que plantearse en los términos propios de un estado de necesidad, y resolverse, por ello, de acuerdo con el resultado que arroje la respectiva ponderación de los intereses en juego. Así, mientras que en un lado de la balanza tendríamos que colocar los intereses de defensa social o, si se quiere, de prevención de peligros para los bienes jurídicos más importantes, en el otro tendríamos que colocar intereses relacionados con la protección de los derechos fundamentales del condenado tales como el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17.1 de la Constitución), la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 de la CE) y el principio de humanidad en materia penal. En este sentido, la

⁵¹⁴ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ ha indicado que las medidas a adoptarse contra los delincuentes imputables peligrosos tienen que fijarse con arreglo a “un criterio de proporcionalidad que determine —valorativamente— el momento en que el riesgo de reincidencia pasa a ser asumido por el conjunto de la sociedad, como parece razonable que tenga lugar en el marco de un Estado de Derecho que disponga de una distribución equilibrada de cargas entre individuo y sociedad”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Política criminal y persona*, ob. cit., p. 115.

⁵¹⁵ Que es la la opinión del Prof. GRACIA. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, ob. cit., p. 983; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

ponderación de los intereses que acabamos de enumerar tendría que llevarnos a la conclusión de que el establecimiento de la medida de internamiento en un centro de custodia de seguridad por un periodo indeterminado y, desde luego, su efectiva aplicación a casos concretos, representa un mal considerablemente mayor que el que se trata de evitar, por lo cual la medida debe ser rechazada por vulnerar el principio de proporcionalidad inherente al Estado de Derecho.

Por otra parte, la custodia de seguridad de carácter indeterminado no parece justificable en el plano de la estricta *necesidad*, entendida ésta en el sentido de que no existan otros medios menos perjudiciales de injerencia estatal a los que poder recurrir para hacer frente a esta clase de delincuentes y para tratar de evitar que éstos cometan nuevos delitos en el futuro. En primer lugar, hay que tener en cuenta que las penas que cumplirán por el delito cometido serán de larga duración (recordemos que estas, es decir, las penas, aunque no de forma exclusiva, también cumplen una función inocuizadora), y que si tan solo se impusiese una custodia de seguridad de diez años, con seguridad tendremos a un sujeto mucho menos peligroso que cuando ingresó al centro penitenciario. A esto hay que sumarle el hecho de que podría establecerse con posterioridad al cumplimiento de la pena y la medida privativa de libertad una o varias medidas de seguridad no privativas de libertad (v. gr. control telemático, terapia social, etc.) se reduciría con seguridad la el índice de peligrosidad remanente.

Finalmente, conviene poner de manifiesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recientemente se ha pronunciado sobre dicha medida de seguridad⁵¹⁶. Dicho órgano, ha llegado incluso a considerar que el

⁵¹⁶ *European Court of Human Rights / Information Note no. 125 – December 2009, Article 5 § 1, Deprivation of liberty Lawful arrest or detention. Applicant's continued placement in preventive detention beyond the maximum period authorised at the time of*

establecimiento de una medida de seguridad cuya duración supere los dos años es contraria a las garantías derivadas del principio de proporcionalidad y del respeto de los derechos humanos fundamentales⁵¹⁷.

Sin embargo, ha considerado también que la custodia de seguridad en realidad, más que una medida de seguridad, es una pena⁵¹⁸. El Tribunal, basa sus argumentos en el principalmente en hecho de que los centros de detención no cuentan con las instalaciones necesarias para garantizar cierto grado de confort a la persona sometida a tal medida, por lo que concluye con que no existe una diferencia significativa entre un centro penitenciario y un centro de custodia de seguridad⁵¹⁹. En nuestra opinión este hecho no es razón suficiente para negar que dicha consecuencia jurídica del delito sea considerada como una medida de seguridad. En efecto, tal naturaleza no viene determinada por las características ajenas a la finalidad que dicha respuesta penal persigue, por lo que no cabe duda que nos encontramos ante una medida de seguridad desde que ésta únicamente persigue la inocuización del delincuente. No cabe en estos supuestos argumentar que las condiciones en las que se ejecuta dicha medida no cumplen con las garantías de confort adecuadas para conseguir una

his placement: *violation. M. v. Germany - 19359/04*Judgment 17.12.2009 [Section V]. Al respecto, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, "La *Sicherungsverwahrung* es una pena y como tal no puede aplicarse retroactivamente: comentario a la sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009", en *Revista General de Derecho Penal*, Núm 13, Iustel, Madrid, 2010, pp. 1-5 (versión electrónica [www.iustel.com]).

⁵¹⁷ Cfr. *European Court of Human Rights / Information Note no. 125 – December 2009*, pp. 18 y 19.

⁵¹⁸ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, "La *Sicherungsverwahrung* es una pena y como tal no puede aplicarse retroactivamente: comentario a la sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009", *op. cit.*, pp. 1-5.

⁵¹⁹ Cfr. *European Court of Human Rights / Information Note no. 125 – December 2009*, pp. 18 y 19.

adecuada resocialización o rehabilitación del delincuente, pues en estos casos dichas finalidades no han de ser tenidas en cuenta⁵²⁰.

3.2. Libertad vigilada

3.2.1. Nuevos enfoques y experiencias en relación con la libertad vigilada

La introducción de la medida de libertad vigilada en el ordenamiento jurídico español ha constituido un gran paso a favor de la homogenización del sistema penal europeo⁵²¹. En efecto, esta consecuencia jurídica del delito que ostenta cierta novedad para nosotros —a pesar, claro está de los antecedentes normativos que veremos en el epígrafe siguiente⁵²²— ha sido utilizada por gran parte de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁵²⁰ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “La *Sicherungsverwahrung* es una pena y como tal no puede aplicarse retroactivamente: comentario a la sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009”, *op. cit.*, pp. 1-5.

⁵²¹ NISTAL BURÓN, Javier, “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Num. 793/2010, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1-7, Acceso electrónico [<http://www.westlaw.es>]; el mismo, “La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica. (A propósito de la nueva medida de seguridad no privativa de libertad que prevé el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)”, en *Diario La Ley*, N° 7368, Sección Tribuna, 24 Mar. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, pp. 1-7, Acceso electrónico [www.laley.es]; DE MARCOS MADRUGA, Florencio, “Las modificaciones en el régimen jurídico de las penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código Penal: aspectos penitenciarios”, *op. cit.*, pp. 11 – 13.

⁵²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *ob. cit.*, pp. 93 – 98; PERIS RIERA, Jaime M., “Algunas cuestiones conflictivas de la parte general surgidas tras la reforma de la LO15/2003, de 25

Un breve repaso de la legislación de los países más cercanos a nuestro ámbito cultural nos ofrece una visión panorámica sobre la forma en la cual ha sido regulada esta materia. Sin embargo, cabe destacar que no todos los países que han incorporado esta consecuencia jurídica del delito a sus ordenamientos jurídicos han guardado similitud en cuanto a su naturaleza jurídica. Esta confusión, como veremos más adelante, no ha sido ajena al legislador español, pues si bien es cierto que la libertad vigilada en sus inicios fue vista como una pena privativa de derechos⁵²³, al concretarse su introducción al sistema jurídico se la tuvo como una medida de seguridad no privativa de libertad.

En el ámbito europeo sin embargo, la libertad vigilada ostenta una naturaleza jurídica diversa. Así, mientras que algunos países la ven como una pena (por ejemplo, Francia⁵²⁴) otros la conciben como una medida de

de noviembre, de modificación del Código Penal”, *ob. cit.*, p. 364; DIEGO ESPUNY, Federico, “La libertad vigilada, ¿una medida educativa en la nueva legislación? A propósito de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Núm. 17, Junta de Castilla-La Mancha, Toledo, Abril – 1993, pp. 149-154; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, en *Diario La Ley*, Nº 7386, Sección Doctrina, 22 Abr. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, pp. 1-16, Acceso electrónico [www.laley.es].

⁵²³ Así, tanto el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (de 2006), como el Proyecto de Ley Orgánica Núm. 121/000119 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007 y, finalmente, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 14 de noviembre de 2008, concebían a la libertad vigilada como una pena privativa de derechos accesoria a penas privativas de libertad.

⁵²⁴ Cfr. el Artículo 131-36-1, introducido por la Ley nº 98-468 de 17 de junio de 1998 art. 1 Diario Oficial de 18 de junio de 1998: “El seguimiento sociojudicial llevará consigo, para el condenado, la obligación de someterse a medidas de vigilancia y de asistencia

seguridad (por ejemplo, Alemania⁵²⁵). No obstante, la nota característica entre ambos sistemas radica en el hecho de que es posible aplicarla a sujetos imputables peligrosos.

Sea como fuere, la vigilancia telemática es una realidad en Europa y, por ello, el legislador comunitario se ha hecho eco de las críticas elaboradas por un sector doctrinal en relación con la ejecución de la misma a lo largo de todo el territorio de la Unión. Por esta razón el Consejo adoptó en 2008 la *Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008*, por la que se establecen los criterios a seguir en materia de cooperación internacional en relación con la ejecución de las penas o medidas de libertad

destinadas a prevenir la reincidencia, bajo el control del *Juge d'application des peines* y por el periodo establecido por el órgano jurisdiccional sentenciador. La duración del seguimiento socio-judicial no podrá exceder de diez años en caso de condena por delito o de veinte años en caso de condena por crimen". Al respecto, véase GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, "Vigilancia electrónica, criminalidad y sociedad de riesgos: la difícil compatibilización del proyecto de nueva ley francesa antiterrorista y los derechos fundamentales individuales", *op. cit.*, pp. 13 y 14.

⁵²⁵ Véase el § 68 del StGb:

"§ 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht

(1) Hat jemand wegen einer Straftat, bei der das Gesetz Führungsaufsicht besonders vorsieht, zeitige Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verwirkt, so kann das Gericht neben der Strafe Führungsaufsicht anordnen, wenn die Gefahr besteht, daß er weitere Straftaten begehen wird.

(2) Die Vorschriften über die Führungsaufsicht kraft Gesetzes (§§ 67b, 67c, 67d Abs. 2 bis 6 und § 68f) bleiben unberührt."

Véase, al respecto, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "La libertad vigilada", *op. cit.*, pp. 1-16; NISTAL BURÓN, Javier, "La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Num. 793/2010, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 12-14, Acceso electrónico [<http://www.westlaw.es>]

vigilada⁵²⁶. Dicho documento establece el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y a elegir libremente su lugar de residencia en el territorio de los Estados miembros, ha de ser respetado aún a pesar de haber sido sancionados penalmente.

Conviene poner de manifiesto que, con anterioridad a la adopción de la mencionada Decisión Marco, el único instrumento legal internacional de asistencia transfronteriza en materia de libertad vigilada era el Convenio del Consejo de Europa de 1964. Este Convenio únicamente fue ratificado 12 Estados miembros, algunos de ellos con numerosas reservas. Esto ha limitado su relevancia práctica. Por esta razón la Decisión Marco 2008/947/JAI fue adoptada con el fin de sustituir en las relaciones entre los Estados miembros, a las disposiciones correspondientes del Convenio relativo a la vigilancia de las personas sobre las que pese una condena condicional o estén en libertad provisional.

3.2.2. Análisis específico de la introducción de la medida de libertad vigilada en el ordenamiento jurídico español

No cabe duda que la reforma del Código Penal a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor a partir del 23 de diciembre del 2010, ha traído una serie de novedades de especial interés para el tema que ocupa nuestra atención⁵²⁷. En efecto, la nueva redacción del artículo 106 trae consigo

⁵²⁶ Cfr. la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DOUE de 16 de diciembre de 2008).

⁵²⁷ Así, GARCÍA ALBERO, Ramón, "La nueva medida de seguridad de libertad vigilada", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, SALAS CARCELLER, Antonio (Dir.), Núm. 6,

un panorama que, al menos en España, ha caído casi en el olvido: la posibilidad de imponer una medida de seguridad, esto es, la *libertad vigilada*, a sujetos imputables, siempre y cuando sean criminalmente peligrosos⁵²⁸.

Prescindiendo de lo establecido por los sistemas jurídicos de otras latitudes, es importante recordar que, en España, la libertad vigilada en modo alguno constituye una consecuencia del delito de reciente cuño. En efecto, un antecedente bastante importante es el constituido por la medida de seguridad de “sumisión a la vigilancia de la autoridad”, incorporada dentro del catálogo de medidas de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970; y que consistía en la vigilancia y control del condenado ejercido por parte de los delegados especiales designados para tal efecto⁵²⁹. Mas reciente, sin embargo,

Aranzadi – Thomson Reuters, p. 184; DE MARCOS MADRUGA, Florencio, “Las modificaciones en el régimen jurídico de las penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código Penal: aspectos penitenciarios”, *op. cit.*, pp. 11 – 13.

⁵²⁸ Conviene recordar que tal situación fue prevista tanto por la Ley 6/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social (Arts. 2, 4, 5, 6 y 7) como por la Ley, de 4 de agosto de 1933, de vagos y maleantes (Arts. 2, 3, 4, 5, 6 y 7). Cfr. al respecto ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, *ob. cit.*, pp. 75 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, *op. cit.*, pp. 1-16.

⁵²⁹ Por su interés, aunque sea como antecedente remoto del Código Penal actual, citamos textualmente el apartado decimocuarto del art. 5 de dicha ley, que disponía lo siguiente:

“Artículo quinto: Son medidas de seguridad:

Decimocuarta: Sumisión a la vigilancia de la autoridad.

Esta vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá el carácter de tutelar y de protección. Los delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia. La duración de esta medida será de uno a cinco años y podrá ser reemplazada por caución de conducta.”

Véase, al respecto, DIEGO ESPUNY, Federico, “La libertad vigilada, ¿una medida educativa en la nueva legislación? A propósito de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio,

es la medida de *libertad vigilada* dispuesta, en la Ley Penal del Menor⁵³⁰ para aquellos casos en los que la infracción cometida por el menor no ha sido

sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, *op. cit.*, pp. 149-154; MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la ley de peligrosidad y rehabilitación social?”, *op. cit.*, pp. 1142-1154.

⁵³⁰ El art. 7 de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* reza de la siguiente manera:

“Artículo 7. Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas.

1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

h. Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1.- Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

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

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

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

5.- Obligación de residir en un lugar determinado.

calificada como un delito grave, pero debe ser sancionada a través de la imposición de una medida que permita expresar al infractor un reproche por su conducta⁵³¹; así como las penas privativas de derechos descritas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 48 del CP que podían ser aplicadas, entre otros supuestos, a algunos casos de delincuentes imputables peligrosos, previéndose la posibilidad de llevar a cabo su control a través del uso de los medios electrónicos destinados para tal fin (control telemático)⁵³².

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

7.- Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.”

Al respecto, véase: MONTERO HERNANZ, Tomás, “La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm 13, Iustel, Madrid, 2010, pp. 1-22 (versión electrónica [www.iustel.com]); DIEGO ESPUNY, Federico, “La libertad vigilada, ¿una medida educativa en la nueva legislación? A propósito de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, *op. cit.*, pp. 149-154.

⁵³¹ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, p. 295.

⁵³² El art. 48 del CP reza de la siguiente manera:

“Artículo 48.

1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

En la nueva redacción del CP la libertad vigilada ha sido concebida como una medida de seguridad y reinserción social⁵³³. Sin embargo, dicha institución no fue inicialmente concebida como una medida, pues en tres de los

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.”

Véase un análisis de esta cuestión, con anterioridad a la reforma del CP en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *ob. cit.*, pp. 93 – 98; PERIS RIERA, Jaime M., “Algunas cuestiones conflictivas de la parte general surgidas tras la reforma de la LO15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal”, *ob. cit.*, p. 364; NISTAL BURÓN, Javier, “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *op. cit.*, pp. 1-7; el mismo, “La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica. (A propósito de la nueva medida de seguridad no privativa de libertad que prevé el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)”, *op. cit.*, pp. 1-7; NISTAL BURÓN, Javier, “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *op. cit.*, pp. 12-14.

⁵³³ Cfr. el art. 96 del CP: “1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

3. Son medidas no privativas de libertad:

3. La libertad vigilada.”

cuatro documentos⁵³⁴ que sirvieron, en mayor o menor medida, de base para la redacción del texto final de la reforma, dicha consecuencia del delito fue vista

⁵³⁴ En efecto, tanto el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (de 2006), como el Proyecto de Ley Orgánica Núm. 121/000119 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007 y, finalmente, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 14 de noviembre de 2008, concebían a la libertad vigilada como una pena privativa de derechos accesoria a penas privativas de libertad. El Prof. Boldova Pasamar ha profundizado en las diferencias y cambios sufridos en el proceso de evolución de estas propuestas legislativas: Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, pp. 302-312. Véase también, LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, en *Diario La Ley*, Nº 7318, Sección Doctrina, 12 Enero, 2010, Año XXXI, Ref. D-9, Editorial La Ley, 2010, pp. 1 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008”, en *Revista Penal*, Núm. 24, Editorial Praxis, Barcelona, Julio – 2009, pp. 113 – 117; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm 11, Iustel, Madrid, 2009, pp. 1-15 (versión electrónica [www.iustel.com]).

Para los efectos que aquí nos importan, baste como ejemplo lo establecido por el Anteproyecto de 2006 sobre la cuestión:

«Se añade una letra j) al artículo 39, que tendrá la siguiente redacción:

“j) *La libertad vigilada*”

Se modifican los apartados 4 y 5 del artículo 48, que tendrán la siguiente redacción:

“4. *La libertad vigilada obliga al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización.*

5. *El Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.*”

como una pena privativa de derechos a imponerse, en determinados supuestos, de forma accesoria a penas privativas de libertad⁵³⁵. En este sentido, sólo con

Se modifica el artículo 94, que queda redactado como sigue:

“1. A los reos reincidentes y habituales no se les podrá dejar en suspenso la ejecución de la penas privativas de libertad en los casos previstos en el artículo 80.1 de este Código, salvo en los supuestos a que se refieren el apartado 4 del mismo artículo y el apartado 1 del artículo 87.

3. Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada les impondrán alguna de las siguientes medidas:

4ª. Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años.”»

Véase también, GARCÍA ALBERO, Ramón, “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, *op. cit.*, p. 128-129.

⁵³⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *op. cit.*, pp. 19-21; GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 184; LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, *ob. cit.*, pp. 1 y ss.; NISTAL BURÓN, Javier, “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *op. cit.*, pp. 1-7; el mismo, “La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica. (A propósito de la nueva medida de seguridad no privativa de libertad que prevé el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)”, *op. cit.*, pp. 1-7; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008”, *op. cit.*, pp. 113 – 117; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada”, en *Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 6, El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 35 y ss.; TORÁN MUÑOZ, Alejandro Isidro, “La nueva pena de libertad vigilada”, en *Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 6, El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 103-106; UNCILLA GALÁN, Idoia, “La pena accesoria de libertad

el Proyecto de Reforma de 2009 el legislador se decanta, finalmente, por considerar a dicha consecuencia jurídica del delito como una medida de seguridad⁵³⁶. Esta decisión, como hemos indicado, llegó a materializarse con la concreción de la reforma de 2010.

Creemos, naturalmente, que dicha decisión ha sido acertada, en la medida que una revisión de los fines perseguidos mediante la imposición de dicha consecuencia, puede revelarnos que nos encontramos ante una institución de marcado carácter preventivo especial y que, por añadidura, carece de cualquier efecto retributivo —indispensable, si nos adherimos a los planteamientos derivados de la concepción unitaria de la pena⁵³⁷—. Conviene poner de manifiesto que dicha interpretación ha sido sostenida incluso en los trabajos doctrinales elaborados con la publicación de los anteproyectos y el proyecto que consideraba a la libertad como una pena: “La libertad vigilada fundamentalmente sirve, en primer lugar, a la protección de la víctima del delito y de otras potenciales víctimas; opera, en segundo lugar, como control

vigilada”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 6, *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 107-115.

⁵³⁶ Cfr. el Proyecto de Ley Orgánica Núm. 121/000052 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín de las Cortes Generales, Núm. 52-1 de 27 de noviembre de 2009. En efecto, a través del apartado Decimoctavo se propone la modificación del apartado 3 del art. 96 en el sentido de incluir, dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, la nueva medida de libertad vigilada. Con detalle, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, *op. cit.*, pp. 1-16; NISTAL BURÓN, Javier, “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *op. cit.*, pp. 12-14.

⁵³⁷ Pionero en dicho reclamo, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 312. Sobre la concepción unitaria de la pena, cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal*, PG, I, *cit.*, p. 33 y 34.

del penado, de modo que la reiteración en el delito es más arriesgada para él; y sobre todo, en tercer lugar, puede orientarse a la reinserción social del condenado a ella, incluso si es preciso a través de un tratamiento”⁵³⁸.

En este mismo sentido se ha pronunciado el propio legislador de 2010, pues en el Preámbulo de la reforma ha sostenido que a pesar de que “la resocialización” es el fin perseguido, “en determinados supuestos de especial gravedad, ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que esta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia”. Por ello, afirma la norma que “agotada, pues la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad”, renunciando, de esta manera, a la elevación de la duración de la pena o al mismo endurecimiento de su régimen de cumplimiento, con el objetivo de evitar un conflicto con “los principios elementales del Derecho penal que la Constitución ampara”⁵³⁹.

Conviene resaltar el papel fundamental que, para el legislador español, ha adquirido la figura de la víctima, pues sostiene que con la incorporación de esta nueva medida de seguridad, además de posibilitarse la rehabilitación del sujeto, se permite la conciliación de las exigencias constitucionales limitativas del *ius puniendi* con “con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del

⁵³⁸ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 312. En sentido similar, LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, *ob. cit.*, pp. 2 - 4.

⁵³⁹ Cfr. el apartado IV del Preámbulo de la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad”⁵⁴⁰.

Naturalmente, esta incorporación del sistema dualista de imposición de penas y medidas de seguridad ha despertado algunas críticas por parte de un sector de la doctrina española⁵⁴¹. No obstante, y dado que hemos dedicado un apartado específico para tratar el problema [véase Capítulo V], a lo largo del presente epígrafe no volveremos a abordar dicha cuestión.

Como se desprende de su lectura, la nueva formulación del artículo 106 engloba en su redacción dos aspectos claramente diferentes: **a)** la definición de una nueva medida de seguridad no privativa de libertad que, como se ha dicho, es la libertad vigilada y **b)** la admisión de su imposición al delincuente imputable peligroso que haya sido castigado con una pena privativa de libertad⁵⁴². Desde un punto de vista puramente formal, creemos que tal

⁵⁴⁰ Ibidem.

⁵⁴¹ A pesar de que dicha reforma es por demás, novedosa, ya puede señalarse bibliografía crítica al respecto: URRUELA MORA, Asier, “Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada”, en Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coordinador), *Memento Experto, Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 651-674; ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Libertad vigilada”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 149; NISTAL BURÓN, Javier, “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *op. cit.*, pp. 1-7; el mismo, “La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica. (A propósito de la nueva medida de seguridad no privativa de libertad que prevé el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)”, *op. cit.*, pp. 1-7.

⁵⁴² Dicha medida se introduce en la reforma del apartado 3 del art. 96 y se desarrolla, como se indicó, en el art. 106, cuya redacción es la siguiente:

“1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

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

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de

situación no parece la más adecuada, en la medida en que la comprensión del nuevo sistema introducido en el ordenamiento jurídico español no se aprecia sino hasta después de haber terminado con la lectura íntegra del mencionado artículo y que, por ello, la importancia del cambio se muestra un tanto mermada. En consecuencia, creemos que la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 106 hubiese estado mejor ubicada si se incluía en el Capítulo I

la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.

3. Por el mismo procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá:

a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.

b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

c) Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.

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

del Título IV del CP —concretamente en el artículo 99—, pues es en él donde se establecen los presupuestos de la imposición de medidas de seguridad⁵⁴³.

Para terminar con estas consideraciones, creemos que es importante resaltar que, con la incorporación de esta nueva medida, el legislador español ha dado un paso más hacia la integración con el resto de Europa pues, como se desprende del texto de la *Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008*, el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y a elegir libremente su lugar de residencia en el territorio de los Estados miembros, ha de ser respetado aún a pesar de haber sido sancionados penalmente⁵⁴⁴.

a) Un nuevo presupuesto para la imposición de una medida de seguridad y reinserción social no privativa de libertad

Como hemos visto [Capítulo IV, epígrafe 2.2.1.], con anterioridad a la entrada en vigor de modificación operada en junio de 2010, el sistema penal español daba cabida a la imposición de medidas de seguridad, únicamente cuando el sujeto criminalmente peligroso era declarado inimputable⁵⁴⁵ o, al menos, semiimputable⁵⁴⁶. Sin embargo, la reciente reforma ha incorporado un nuevo tercer supuesto en el cual tiene cabida la imposición, no de cualquiera,

⁵⁴³ En el mismo sentido se ha pronunciado, ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Libertad vigilada”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 148.

⁵⁴⁴ Cfr. la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DOUE de 16 de diciembre de 2008).

⁵⁴⁵ Conforme a lo establecido por el art. 95 del CP.

⁵⁴⁶ Conforme a lo establecido por el art. 99 del CP.

sino de una medida de seguridad específica, esto es, la libertad vigilada a los delincuentes imputables que hayan sido declarados criminalmente peligrosos.

El legislador no se ha hecho eco, pues, de las críticas que un importante sector de la doctrina⁵⁴⁷ ha venido realizando en relación con la posibilidad de incorporación de otras tantas medidas tendentes a tratar o a hacer frente a la peligrosidad manifestada por esta clase de delincuentes: nos referimos al internamiento en un centro de terapia social y al internamiento en un centro de custodia. Este hecho ha dado pie a que, a poco de materializarse la reforma, algunos especialistas se hayan mostrado ya escépticos ante la situación⁵⁴⁸.

Según lo dispuesto por el propio artículo 106.2, la nueva medida de libertad vigilada tendrá que ser impuesta en la misma sentencia a los sujetos imputables peligrosos condenados bien por un delito contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII) o por un delito de terrorismo (Sección 2da del Capítulo VII del Título XXII del Libro II). Estos son, pues, los únicos supuestos que dan paso a la aplicación de esta concreta medida de seguridad (artículos 192 y 579 del Código Penal).

Es importante hacer hincapié en que el hecho de que esta nueva medida de seguridad haya sido prevista únicamente para estos dos casos (delitos contra la libertad sexual y terrorismo) reviste un interés de particular relevancia. En efecto, no cabe duda —y así lo hemos sostenido a lo largo del presente trabajo— que la peligrosidad criminal no se manifiesta o materializa únicamente a través de la comisión de las dos tipologías de delitos que el

⁵⁴⁷ Como ya lo indicamos, encabezado por el Profesor Cerezo Mir.

⁵⁴⁸ Así, por ejemplo, ALCALÉ SÁNCHEZ, María, "Libertad vigilada", *op. cit.*, p. 150, para quien esta realidad "limita en mucho la labor de selección que ha de llevar a cabo el Juez o Tribunal, así como la adaptación de patrón alguno a las necesidades preventivas que presente el penado".

legislador español ha previsto como presupuesto para la imposición de esta nueva medida de seguridad. Existen casos —y hemos citado numerosos ejemplos de ellos— en los que los delincuentes imputables peligrosos no cometen delitos de terrorismo ni contra la libertad sexual; tal es el caso de, por ejemplo, los carteristas habituales. ¿Por qué, entonces, la aplicación de la medida se ha restringido únicamente para estos dos supuestos?

Una posible respuesta al hecho de que el legislador de 2010 haya limitado el ámbito de aplicación de esta medida de seguridad tal vez esté constituida por la intención de brindar protección a las posibles víctimas de delitos que, por su gravedad y por la importancia de los bienes jurídicos en juego, merezcan una especial atención. De otro lado, creemos que también podría ensayarse la idea de que el legislador fue consciente de que el Estado no cuenta con los recursos —económicos, logísticos y de personal— para poder llevar a cabo el control de los cientos o miles de infractores de poca monta (por ejemplo, carteristas), por lo que, planteando el problema desde un punto realista, se debería dar preferencia a la protección de las potenciales víctimas de crímenes especialmente graves —o mejor dicho, a las víctimas de crímenes en los que el bien jurídico afectado sea especialmente importante—.

De ser así, creemos que el legislador debió, al menos, proclamar su intención y las razones por las cuales limitaba el ámbito de aplicación de la medida a los dos supuestos mencionados en el Preámbulo del texto de la Ley de Reforma⁵⁴⁹.

Sin embargo, todo parece indicar que no fueron estas, sino otras, las razones por las cuales la Reforma no permite la aplicación de esta nueva

⁵⁴⁹ Como puede verse, a lo largo del texto del Preámbulo, el legislador omite fundamentar su decisión de limitar el ámbito de aplicación de esta medida de seguridad a los dos supuestos ya mencionados.

medida de seguridad a otros supuestos en los que se condene a delincuentes imputables peligrosos. En efecto, la nueva redacción del Código Penal llega a aprobarse después de que una serie de casos mediáticos mermaran la confianza que la sociedad tenía en el sistema judicial. Así, por una parte, adquirieron amplia resonancia los casos de Sandra Palop, la niña de cinco años Mari Luz Cortés y el caso de Marta del Castillo, todas ellas víctimas de delitos contra la libertad sexual; mientras que, por otra, las liberaciones, luego del cumplimiento de sus respectivas condenas, de algunos terroristas “no arrepentidos” que inmediatamente volvían a actuar⁵⁵⁰.

Si la *ratio legis* hubiese sido realmente la de prestar protección a las potenciales víctimas de delitos de especial gravedad, creemos que no debió limitarse a casos de delitos contra la libertad sexual y terrorismo, sino que debió ampliarse dicho ámbito de aplicación a otros casos en los que puedan ser lesionados algunos bienes jurídicos de capital importancia: homicidio, secuestro, etc. Este hecho no solo muestra que el legislador, nuevamente, ha reformado el sistema penal, en el sentido de expandir los presupuestos de aplicación del mismo, con base únicamente en las apreciaciones derivadas del discurso legitimante de emergencia que ha operado en la península los últimos años con notable éxito⁵⁵¹, sino también que se ha cometido un grave error al

⁵⁵⁰ Esta apreciación también ha sido detectada por el Prof. BOLDOVA. Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 292.

⁵⁵¹ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 292. Sobre la estructura discursiva de las emergencias y su injerencia en el sistema penal de la peligrosidad véase el Capítulo II de la presente investigación. Véase también, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ROMEO CASABONA, Carlos María / SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme

desaprovecharse el recurso a esta medida para otro tipo de supuestos —delitos contra la vida, salud, integridad física, libertad ambulatoria, etc.— para los que también estaría indicada⁵⁵².

Finalmente, cabe indicar que para la imposición de la nueva medida el Juez sentenciador tendrá que imponerla en la sentencia junto con la pena de prisión correspondiente. La ejecución de aquella, según indica el mismo artículo 106.2, deberá llevarse a cabo después del cumplimiento de la pena privativa de libertad en función de la peligrosidad criminal determinada a través de un “pronóstico penitenciario” negativo del sujeto⁵⁵³.

Como hemos indicado, la ejecución de dicha medida ha de llevarse con arreglo al sistema dualista de imposición de penas y medidas, por lo que, a diferencia de lo dispuesto por el sistema vicarial —establecido en el artículo 99 para los semiimputables—, la pena y la medida tienen un tiempo de cumplimiento independiente una de la otra, en el que se da preferencia al cumplimiento de la pena, relegándose la ejecución de la medida a una etapa posterior (esto es, inmediatamente después del cumplimiento de la pena) y siempre y cuando persista la peligrosidad criminal que la fundamenta. Este

(Eds.), ARMAZA ARMAZA, Emilio José (Coord.), Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 53 – 76.

⁵⁵² En este mismo sentido, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 312.

⁵⁵³ URRUELA MORA, Asier, “Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada”, en Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coordinador), *Memento Experto, Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, pp. 651-674; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, pp. 290 – 315; GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, SALAS CARCELLER, Antonio (Dir.), Núm. 6, Aranzadi – Thomson Reuters, pp. 183-196.

hecho, sin duda, constituye un gran acierto en la medida en que su apreciación facultativa posibilitaría al Juez no ordenar el cumplimiento de la medida en los casos en los que la peligrosidad criminal haya desaparecido —o disminuido— a lo largo de la ejecución de la pena, respetándose de esta forma los límites y garantías del Derecho penal y garantizándose las exigencias de seguridad jurídica de todo Estado de Derecho. Por último, cabe indicar que el contenido de la medida será concretado por el Juez o Tribunal sentenciador teniendo en cuenta la propuesta elevada (dos meses antes del cumplimiento de la pena) por el Juez de Vigilancia Penitenciaria⁵⁵⁴.

b) Definición de la medida de seguridad de libertad vigilada

Como su propio nombre indica, la libertad vigilada es una medida de seguridad y reinserción social que consiste en la vigilancia de la libertad del sujeto sometido a ella⁵⁵⁵. Es importante resaltar que, mediante la imposición de esta consecuencia jurídica, no se concreta, en modo alguno, una privación de la libertad del individuo pues a lo mucho, incluso en sus modalidades más restrictivas, la libertad únicamente queda limitada⁵⁵⁶.

Conviene poner de manifiesto que, como señala la norma, dicha vigilancia debe llevarse a cabo a través del sometimiento del condenado a una suerte de “control judicial”, y es en este punto donde se puede encontrar otra

⁵⁵⁴ ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Libertad vigilada”, ob. cit., pp. 148 y 149.

⁵⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General, 8ª edición, revisada y puesta al día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 596 y 597; ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Libertad vigilada”, ob. cit., p. 151.

⁵⁵⁶ Así, GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 6, Aranzadi – Thomson Reuters, pp. 183-196; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, *op. cit.*, pp. 1-16.

observación de trascendental importancia: la falta de la creación de un agente de vigilancia⁵⁵⁷.

En efecto, a pesar de que la nueva redacción del artículo 106 establece que será el Juez de Vigilancia Penitenciaria el encargado de controlar y supervisar el cumplimiento de la pena, se echa en falta el establecimiento de un profesional de referencia que permita la correcta ejecución y control de la medida de seguridad impuesta, pues como señala el Profesor BOLDOVA PASAMAR, sin este actor “la función jurisdiccional es de imposible cumplimiento racional, como dice el C.G.P.J.”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ En Alemania la asignación del agente se prevé en el mismo texto del StGb (§68a). Cfr. MAGRO SERVET, Vicente, “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, Nº 7074, Sección Doctrina, 11 Dic. 2008, Año XXIX, Editorial La Ley, pp. 1-11, Acceso electrónico [www.laley.es]; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, *op. cit.*, pp. 1-16; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁵⁵⁸ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 313. Conviene indicar que en opinión del Prof. BOLDOVA también hubiera sido necesario el establecimiento de un centro o establecimiento desde donde se puedan ejecutar las labores de control o supervisión del condenado. Sin embargo, creemos que dicha precisión resulta innecesaria en la medida en que una vez que se haya concretado el establecimiento del funcionario encargado del control de la ejecución de la medida, se da por hecho que habrá de dotarle de los medios suficientes para ejecutar su labor (una oficina o dependencia equipada con los artículos y tecnología adecuados). De otro lado, cabe indicar que, en nuestra opinión, dicho funcionario tendría que trabajar en coordinación con los cuerpos policiales a los que se les haya asignado la labor de cooperar con el tema, pues serán estos últimos los que, en última instancia, estarán disponibles las 24 horas antes cualquier incidencia o eventualidad que se presente en relación con el cumplimiento de las obligaciones o prohibiciones derivadas de la aplicación de la medida. Véase, también, MAGRO SERVET, Vicente, “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 1-11.

Por esta razón era imprescindible la creación de la figura del agente o asistente de la libertad vigilada⁵⁵⁹, que vendría a ser el profesional del sector penitenciario que se encargue de realizar el seguimiento de la evolución del sujeto así como el asesoramiento en temas de reinserción social. Es cierto que lo indicado es que dicha previsión tendría que ser desarrollada vía reglamentaria⁵⁶⁰, pero sí que era importante su incorporación al sistema penal vía Ley Orgánica.

c) El contenido de la medida

La nueva redacción del artículo 106 (en concreto del apartado 1) incorpora un catálogo de obligaciones y de prohibiciones que vendrán a concretar el contenido de la medida. Dicho catálogo ha de entenderse cerrado, puesto que no se prevé la posibilidad de que el juez decida “vigilar” al condenado a través de otros medios distintos a los establecidos por la ley, lo cual constituye una exigencia derivada del respeto al principio de legalidad⁵⁶¹. Las obligaciones y prohibiciones, según lo dispuesto por la norma mencionada, pueden ser impuestas, indistintamente, de forma cumulativa o alternativa, sin que, como es obvio, sea necesario imponer todas ellas.

⁵⁵⁹ Así, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 313; MAGRO SERVET, Vicente, “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 1-11.

⁵⁶⁰ Dicha observación ya fue hecha en el Anteproyecto de 2008, concretamente en el art. 49 bis, apartado 4. Cfr. MAGRO SERVET, Vicente, “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 1-11.

⁵⁶¹ Cfr. GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 185; LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, *ob. cit.*, pp. 2 - 4.

Conviene resaltar que, al tener todas ellas el carácter de *prohibiciones* u *obligaciones*, se prescinde del consentimiento que pueda prestar el condenado. Este hecho, como señala ALCALÉ SÁNCHEZ, puede plantear ciertos problemas cuando la medida conste de la “obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”⁵⁶². Volveremos sobre ella más adelante.

En síntesis, el catálogo de prohibiciones y obligaciones que pueden dotar de contenido a la libertad vigilada puede ser dividido en dos grupos claramente diferentes: **1.** los que tienden a tener vigilada la libertad del sometido a la medida, y **2.** los que tienden a proteger a las víctimas⁵⁶³.

c.1) Prohibiciones y obligaciones que tienden a controlar la libertad del condenado

El apartado a) del artículo 106.1 incorpora al CP español “la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente”. Esta medida, conocida también con el nombre de control telemático, será objeto de análisis exhaustivo en un epígrafe posterior dados los aspectos peculiares que presenta.

⁵⁶² Así, véase la letra k) del art. 106.1 CP. Al respecto, cfr. ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Libertad vigilada”, ob. cit., p. 152.

⁵⁶³ ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Libertad vigilada”, ob. cit., p. 150. También han entendido tal diferenciación: BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, ob. cit., pp. 290 – 315; URRUELA MORA, Asier, “Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada”, ob. cit., pp. 651-674; GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, ob. cit., pp. 183-196.

Por otro lado, dentro del grupo de prohibiciones y obligaciones incorporadas con miras a vigilar la libertad del sometido, habría que incluir también la previsión contenida en la letra b) del mencionado artículo: “la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca”. De nuevo, se trata de una obligación que tiende directamente a controlar las posibles fugas o huidas del condenado, vigilando su libertad, medida que hasta el día de hoy constituye una de las formas de controlar la libertad provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁶⁴, donde se añade como contenido adicional la posibilidad de que se le retire el pasaporte. De ahí que se deje en manos del juez la elección de la periodicidad con la que el penado ha de presentarse (diaria, semanal o mensualmente, por ejemplo), así como el lugar en el que ha de hacer acto de presencia.

La misma finalidad (de control) tiene la obligación consagrada en la letra c): “comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto del trabajo”. Tampoco figuraba antes de la reforma del CP de 2010 dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, por lo que parece —también— consustancial a la idea de “libertad vigilada” y de nuevo, es una de las obligaciones a las que se recurre con frecuencia en el ámbito de la libertad provisional⁵⁶⁵. El juez tendrá que ir adaptando el resto de obligaciones o prohibiciones impuestas teniendo en cuenta las actividades laborales del condenado. No obstante, según lo establecido por el tipo penal,

⁵⁶⁴ Cfr. art. 530 de la LeCRIM. Al respecto, véase MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General*, 8ª edición, revisada y puesta al día, op. cit., pp. 597 y 598.

⁵⁶⁵ Art. 530 de la LECrim.

basta con “comunicar” los cambios referidos, no siendo necesaria la petición de un permiso⁵⁶⁶.

En la misma línea incide la previsión contenida en la letra d): “la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal”. Se trata de una de las viejas medidas de seguridad no privativas de libertad que ahora se refunden bajo la etiqueta de libertad vigilada. Se prohíbe ausentarse del lugar donde resida, esto es, de la ciudad o pueblo de residencia, así como de un determinado territorio, lo que parece que ha de ser entendido como una provincia, una Comunidad Autónoma, o, en fin, el territorio del Estado.

No cabe duda de que, también forma parte de este tipo de prohibiciones y obligaciones la “prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza” —letra i)—. Se trata de una modalidad nueva, que hasta ahora no estaba incluida dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad y que tiende directamente a controlar las actividades que desempeña el penado. Desde un punto de vista de prevención especial, alejándole de las actividades que le puedan facilitar la comisión del delito, que pueden ser laborales, familiares, o de ocio, se controla su libertad, vigilándola y evitando la recaída en el delito y, por ende, el fracaso de la reinserción social⁵⁶⁷.

Finalmente, en la línea de controlar la libertad del penado, se encuentra la “obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de

⁵⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General*, 8ª edición, revisada y puesta al día, op. cit., pp. 597 y 598.

⁵⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General*, 8ª edición, revisada y puesta al día, op. cit., pp. 597 y 598.

educación sexual u otros similares” —letra j)—, que ya estaba dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad para imputables y semiimputables antes de la reforma con algunas modificaciones de menor importancia⁵⁶⁸. No es ésta la única ocasión en la que el Código recurre a semejante obligación. En efecto, también en el ámbito de la pena, de trabajos en beneficio de la comunidad, o en materia de suspensión y sustitución de penas privativas de libertad puede el juez decretar su imposición. Llama la atención la falta de cuidado puesta por el legislador a la hora de referirse a los mismos programas en una y otra sede. Así, por ejemplo, en el marco de la recién reformada pena de trabajos en beneficio de la comunidad, se menciona⁵⁶⁹ la participación del penado en “talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”; y en el también reformado artículo 83.1, como pautas a imponer en caso de suspensión de la pena, se mencionan “programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares”. En ambos casos, ha de entenderse que el juez decretará la obligación de participar en los mismos como parte del programa de libertad vigilada, con lo cual, el programa ha de ir orientado en la línea de alcanzar la reinserción social del condenado.

c.2) Prohibiciones y obligaciones que tienden a proteger a la — potencial— víctima

Junto a las anteriores, existe un segundo grupo de prohibiciones y obligaciones en el que tiene más peso la protección de las víctimas o de las

⁵⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General*, 8ª edición, revisada y puesta al día, op. cit., p. 597.

⁵⁶⁹ Cfr. el art. 49 CP.

potenciales víctimas, que el control de la libertad del penado⁵⁷⁰. Este conjunto de disposiciones hubiera tenido difícil justificación dentro de la medida de libertad vigilada, si no hubiera sido por la previsión que al respecto realiza el Preámbulo de la Ley de reforma del CP. De no ser por ello, probablemente debería haber determinado que se quedara fuera del contenido de la medida de libertad vigilada, pues en esencia, no pretenden vigilar al condenado, sino proteger a ciertas personas, prohibiéndole a aquel aproximarse a ellas.

Se trata de un conjunto de previsiones que además de estar ya incluidas antes de la reforma en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, también eran —y son— consideradas penas privativas de otros derechos⁵⁷¹.

La primera de ellas es la contemplada en la letra e): “la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal”. Una prohibición semejante se encontraba en el artículo 105.g) del CP antes de la reforma, si bien ahora, con buen criterio, y a fin de equiparar la imposición de esta consecuencia del delito con su regulación en el ámbito de las penas, se separan en dos prohibiciones distintas la de aproximarse a la víctima y la de comunicarse con ella, como se verá a continuación. Se trata de prohibir la aproximación física, nada más, con lo cual, el sometido a ella podrá seguir poniéndose en contacto con la víctima a través de otros medios de comunicación como el correo electrónico o teléfono,

⁵⁷⁰ Cfr. GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 191; LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, *ob. cit.*, pp. 1 y ss.

⁵⁷¹ Cfr. art. 39 del CP.

a no ser que se imponga de forma conjunta con la siguiente de las prohibiciones. Tampoco le impide residir en la misma localidad que la víctima.

La misma finalidad tiene la “prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal” —letra f)— que, como se ha indicado, formaba parte ya del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad antes de la reforma de 2010. En este caso, con independencia de que se adopte la medida de alejamiento físico de la víctima o la prohibición de aproximarse a algún lugar, el sometido a esta medida no podrá por medio alguno comunicarse con la víctima. Llama la atención la disparidad de contenido de esta medida en relación a la modalidad de la pena de alejamiento correspondiente, regulada en el artículo 48 que, en este punto, no ha sufrido modificación. Aquí se le prohíbe al penado “comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal, o visual”. Nótese cómo lo que se deja abierto a la discrecionalidad del juez es la selección de las personas respecto de las cuales ha de adoptarse la prohibición de comunicación —familiares, pareja e, incluso, amigos—, no los medios. Sin duda alguna, ante el silencio que al respecto guarda el artículo 106, el juez recurrirá para concretarlos —por analogía— al artículo 48.

La letra g) se refiere a “la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos”. El artículo 96.3.5^a, antes de la reforma, contemplaba una medida semejante, pero se señalaban más datos. En efecto, allí se establecía “la prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego”. De nuevo, plantea problemas la interpretación de lo

que por tales sitios deba entenderse. Por “territorios”, como indicábamos anteriormente, parece darse a entender que se prohíbe acudir a zonas geográficas; por “lugares” por el contrario cabe interpretar sitios concretos, como un paraje, zonas frecuentadas por determinadas personas, y, finalmente, por “establecimientos”, ha de entenderse lugares cerrados, como bares, discotecas, o áreas deportivas.

Finalmente, idéntica finalidad protectora de la víctima tiene la modalidad prevista en la letra h): “prohibición de residir en determinados lugares”, que ya estaba desde 1995 en el artículo 96.3.4. En este sentido, la reforma de 2010 también ha afectado a la prohibición semejante regulada en el artículo 48.1 cuando se impone en concepto de pena. En efecto, además de regularse conjuntamente las prohibiciones de “residir” o “acudir” a determinados lugares, se señala su contenido: “impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en el que reside la víctima o su familia, si fueren distintos”. El hecho de que se deje abierta la determinación de los lugares, amplía la discrecionalidad judicial. En este caso, por lugares parece que ha de entenderse aquellos en los que reside, si bien no queda claro si se refiere a un barrio o a un municipio, pues ambos son “lugares”.

De nuevo, más que venir a controlar la libertad del agresor, parece que tiene en consideración otras cuestiones, en la medida en que prohibiéndole al penado que resida en un lugar determinado, no se vigila su libertad, simplemente se la limita.

En relación con esta cuestión, creemos que la formulación actual de la norma puede dar cabida a la utilización abusiva de la medida dado que no se ha establecido un límite para su aplicación. En efecto, en los supuestos en los que la aplicación de la prohibición comporte la obligación de cambio de

domicilio pueden entrar en conflicto los aspectos de la *protección de la víctima* frente al *derecho de todo ciudadano a elegir su lugar de residencia*. Estos casos se producirían cuando la víctima desee cambiar de domicilio y ubicar su lugar de residencia en el municipio o barrio en el que el condenado haya establecido su domicilio en atención al mandato judicial. La utilización abusiva de esta medida en estos supuestos derivaría de la repetición, por parte de la víctima, de dicho comportamiento⁵⁷². Con el fin de evitar estos conflictos, creemos que lo adecuado hubiese sido que la ley especificara los límites de cumplimiento de dicha obligación.

d) La cuestión de la obligación de seguir un tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico

Como hemos indicado, la letra k) del artículo 106.1 incorpora dentro del catálogo de obligaciones que pueden dotar de contenido a la libertad vigilada, la obligación de “seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”. Una obligación semejante contemplaba antes de la reforma el CP en relación con las personas declaradas inimputables o semiimputables, pues en el artículo correspondiente⁵⁷³ se establecía la obligación de someterse a “tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario”. Conviene resaltar que la

⁵⁷² Otra situación conflictiva sería la constituía por la obligación del penado — condenado a establecer su domicilio lejos de instituciones educativas— de cambiar de domicilio en vista de la construcción (posterior a la imposición de la medida) de un centro de enseñanza en las inmediaciones de su barrio.

⁵⁷³ En concreto en el art. 96.3.11. A su turno, el artículo 105.1.a) establecía, en relación con dicha medida, que el tiempo máximo de duración de la misma era de cinco años.

obligación de someterse a un control médico periódico no estaba comprendida dentro de lo estipulado por dicho precepto.

Ahora bien, como hemos visto el precepto comprende la posibilidad de recurrir a una de dos obligaciones: **a)** la de someterse a un tratamiento médico externo o **b)** la de someterse a un control médico periódico.

La primera de ellas —esto es, la obligación de someterse a un tratamiento médico externo— implica el sometimiento del condenado a un procedimiento médico que tienda a paliar algunas anomalías físicas o psíquicas que puedan condicionar la persistencia de la peligrosidad criminal que porta. En relación con esta obligación, es importante aclarar el significado y alcance del término “tratamiento médico externo”.

Para empezar, debemos indicar que algún autor ha entendido que, dado el carácter “externo” del tratamiento, dicho precepto no comprende ningún tipo de procedimiento invasivo en el ser humano, por lo que cabría descartar de plano la afirmación de que el legislador haya dado paso a la posibilidad de recurrir, entre muchas otras, a terapias de reducción hormonal reversibles, como la castración química. Como se puede intuir, para quienes sostienen esta idea, la expresión “tratamiento externo”, comprende únicamente a los procedimientos terapéuticos *no invasivos*⁵⁷⁴.

No obstante, dicha interpretación de la norma no es correcta dado que parte de una confusión sobre la naturaleza del término. En efecto, un tratamiento médico es “externo” cuando se realizan en el paciente una serie de

⁵⁷⁴ Así lo ha entendido GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, ob. cit., p. 189. En efecto, dicho autor sostiene que “[...] queda excluido el tratamiento forzoso que implique injerencia corporal o ingesta de medicación alguna”. No obstante, hemos podido comprobar que en trabajos suyos anteriores —véase la nota 526— mantenía una posición diametralmente opuesta.

intervenciones médicas sin la necesidad de que el paciente haya sido internado —y, por lo tanto figure como tal— en el centro⁵⁷⁵. Esta afirmación nos lleva a apuntar que la situación opuesta al tratamiento externo está constituida por el tratamiento médico en régimen de interno, esta se configura, como es obvio, cuando el paciente es internado en el centro de salud con el fin de ser sometido a una terapia o control médico determinado. Conviene resaltar que, en el tratamiento en régimen de interno, la idea de permanencia —del paciente en el centro— juega un rol fundamental, pues es esta característica la que, en última instancia, servirá al funcionario de la salud competente proponer la modalidad de atención médica adecuada. Ello sin perjuicio de que el paciente sea dado de alta en un corto período de tiempo —pudiendo producirse esta situación incluso el mismo día— por otras razones, como por ejemplo, por la prometedora evolución de la afección padecida.

Esta interpretación ha sido también sostenida por la doctrina jurisprudencial pues, en reiteradas ocasiones, ha dejado claro que la idea de permanencia del paciente en el centro o establecimiento sanitario —esencial en la medida de internamiento— contrasta con la medida de tratamiento externo o ambulatorio⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Cfr. REAL ACADEMIA DE MEDICINA E CIRURXÍA DE GALICIA, “Ambulatorio”, en *Diccionario galego de termos médicos*, Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, Santiago de Compostela, 2002, p. 33.

⁵⁷⁶ Cfr. la STS 773/2005 de 15 junio RJ 2005\4996, Ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA (“[...] El tribunal de instancia en su adopción ha valorado la pericial practicada en la que se afirma la necesidad del internamiento para ser tratado el acusado inimputable y el fracaso del tratamiento ambulatorio que hasta ahora recibía y aconsejan un tratamiento en régimen de internamiento, que el tribunal impone. [...]”); la STS 1893/1994 de 25 octubre RJ 1994\8353, Ponente: José Augusto DE VEGA RUIZ (“[...] Primero será la medida del internamiento, con una duración que no puede exceder de la pena privativa de libertad impuesta, que ha de ser cumplida antes de la pena, bien entendido que el

período de internamiento se computará siempre como tiempo de cumplimiento de la misma. Se trata de una serie de prevenciones para la mejor ejecución de una medida que no ha de suponer una agravación del reproche judicial acogido por la sentencia. Es durante ese internamiento, al principio o durante el tratamiento, cuando, a la vista de los informes técnicos, se puede sustituir la medida, como se ha dicho, por la sumisión al tratamiento ambulatorio. [...]”); la STS 99/1996 de 9 febrero RJ 1996\834, Ponente: Joaquín MARTÍN CANIVELL (“[...] Valora y sopesa el Tribunal sentenciador los informes de los psiquiatras con propósito de conciliar las posibilidades de tratamiento curativo y el pronóstico de peligrosidad del sujeto, decantándose por el tratamiento ambulatorio tras la comprobación de la falta de buenos efectos en internamientos anteriores, e imponiendo en la parte dispositiva de su sentencia la obligación para los facultativos que atienden a la persona sometida a tratamiento de dar cuenta al Tribunal de la evolución con periodicidad mensual. [...]”); la Sentencia núm. 384/2009 de 3 junio JUR 2009\408981, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Ponente: Jesús María BARRIENTOS PACHO (“El recurso se interpone con el único objeto de conseguir que la medida de seguridad impuesta en la sentencia combatida, de internamiento de la acusada en centro psiquiátrico adecuado a la enfermedad que padece la acusada, sea mutada por otra no privativa de libertad, concretamente se ofrece la del tratamiento ambulatorio que sostiene la defensa recurrente sería más adecuado al tipo de enfermedad que padece aquella. [...] Sin embargo, la alegación y pretensión última sustentada en el recurso se desdice y torna inviable desde la lectura de las conclusiones alcanzadas por los facultativos [...]. Dados los antecedentes de agresividad constatados y la peligrosidad médicamente certificada como inherente a la personalidad de la acusada, se estima también en la alzada plenamente justificada la medida de seguridad acordada, de internamiento en centro adecuado a su enfermedad mental [...] sin perjuicio de que en el curso del seguimiento de la medida pueda ser decidida alguna de las variables que se contemplan en el artículo 97 del Código Penal , en función de la evolución de la enferma y los informes que sobre dichos extremos puedan ser remitidos por los responsables del centro de internamiento al Juez de Vigilancia Penitenciaria, y desde éste al Juzgado de la ejecución. [...]”); y, finalmente, el Auto núm. 427/2007 de 10 julio JUR 2007\284795, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Ponente: José Carlos IGLESIAS MARTÍN (“[...] se revoca dicha resolución así como el auto de 23 de enero de 2007 del que trajo causa, aprobándose en su lugar la propuesta de sustitución de la medida de seguridad de internamiento del citado Alejandro en centro psiquiátrico adecuado a su estado de salud mental, por la de tratamiento ambulatorio con los controles establecidos por la Subdirección General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives, todo ello sin perjuicio de que si llegare el caso de que

En este sentido, cabe indicar que la medida coincide con lo dispuesto en relación con el tratamiento ambulatorio recogido en el Código Penal anterior (véase el artículo 8.1 párrafo 3.º del CP de 1944/1973) y con el tratamiento médico externo previsto en la versión primigenia del actual CP⁵⁷⁷, que incorporaban la medida, como indica la doctrina más autorizada, en aras de la consecución, en régimen de libertad, de la rehabilitación del sujeto condenado⁵⁷⁸.

se pudiese fin al tratamiento ambulatorio antes del transcurso del tiempo por el que fue condenado el penado, se resuelva por el Magistrado encargado de la ejecución de la sentencia sobre la procedencia, ya de ordenar el cumplimiento de la pena que restase, ya de suspender tal ejecución por tiempo no superior a la duración de la misma")

⁵⁷⁷ En efecto, la versión primigenia del artículo 105 rezaba de la siguiente manera:

“En los casos previstos en los artículos 101 a 104, el Juez o Tribunal podrá acordar razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia, la imposición de la observancia de una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.

[...]

⁵⁷⁸ Cfr. JORGE BARREIRO, Agustín, “Comentarios al Código Penal.— Artículo 96”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo IV, Artículos 95 a 137*, COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), Edersa, Madrid, 2000, p. 98. En efecto, el Prof. JORGE señala que *“la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario [...] viene a sustituir la medida de «sumisión a tratamiento ambulatorio» prevista en el artículo 8.1.º, párrafo 3.º.a) del C.P.A.”*. Véase, también, URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, op. cit., pp. 166, 168 y 169.

Conviene poner de manifiesto que esta postura también fue defendida inicialmente por el Prof. GARCÍA ALBERO, para quien: *“[...] la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos socio-sanitarios —«reformulación del tratamiento ambulatorio» previsto en el art. 8.1 CP/1973— estaba llamada a desempeñar un papel protagonista en caso de inimputables o semiimputables según los núms. 1 y 2*

Es importante resaltar que existen modalidades de tratamiento externo o ambulatorio donde las intervenciones se extienden por varias horas al día (modalidades matinales o vespertinas), y otras donde las personas permanecen hasta doce horas en el tratamiento y que se conocen como hospitalización de día. Otras intervenciones están diseñadas para que los pacientes asistan solamente unas horas al día o a la semana, por lo tanto les permiten permanecer más tiempo en sus casas y oficios, o iniciar la búsqueda de trabajo o de estudio⁵⁷⁹. Por esta razón los especialistas en medicina suelen referirse a este tipo de tratamiento bien con el adjetivo “externo” o bien con el de “ambulatorio”; en este sentido, lo opuesto a un tratamiento externo no estaría constituido por una intervención invasiva, sino más bien por el internamiento en el centro de salud donde se vaya a desarrollar el tratamiento.

En este sentido, el tratamiento externo o ambulatorio puede, efectivamente, estar constituido por una terapia invasiva siempre y cuando, claro está, una vez terminada se permita al paciente abandonar el centro de salud y recuperar sus actividades cotidianas incluso cuando deba repetirse dicho tratamiento de forma periódica⁵⁸⁰. De esta forma, y teniendo en cuenta

del art. 20, pero lógicamente como alternativa a la medida de internamiento, puesto que el internamiento mismo en alguno de aquellos centros hace superflua dicha medida como añadida al mismo”. Cfr. GARCÍA ALBERO, Ramón, “Libro I: Título IV: Capítulo II (Arts. 105-108)”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo I, Parte General, (Artículos 1 a 137)*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 736.

⁵⁷⁹ FERNÁNDEZ DE LOS RONDEROS, Miguel Angel, “Problemas prácticos del control judicial de las intervenciones involuntarias en salud mental”, en *Revista OnLine de la Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental*, p. 12. www.faisem.es.

⁵⁸⁰ FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy, *El tratamiento ambulatorio: cuestiones legales y prácticas*, Edita Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMI, Valencia, 2006, pp. 11 y ss.; FERNÁNDEZ DE LOS RONDEROS, Miguel Angel,

que esta obligación es de perfecta aplicación para los delincuentes sexuales peligrosos⁵⁸¹, el legislador español, contando o no con ello, ha abierto —nuevamente— la posibilidad de aplicación de la castración química pues, recordemos, esta terapia de reducción hormonal reversible no precisa del internamiento del paciente en el centro de salud, sino tan solo la administración periódica del fármaco indicado para el control de la producción hormonal⁵⁸².

Conviene recordar que, no obstante, la jurisprudencia dictada con anterioridad a la Reforma de 2010 no ha interpretado de esta forma la idea de tratamiento externo pues, por citar un ejemplo, la sentencia 55/2005, de 28 abril, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sostenía que, aun cuando se trate de sujetos afectos de alguna anomalía psíquica o sensorial que influya en su responsabilidad penal, no cabe la posibilidad de recurrir a métodos de reducción hormonal tales como la castración química⁵⁸³.

“Problemas prácticos del control judicial de las intervenciones involuntarias en salud mental”, *ob. cit.*, p. 12.

⁵⁸¹ PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, “Delitos sexuales y castración química. Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales”, en *La Ley Penal*, Nº 68, Sección Estudios, Febrero 2010, Editorial La Ley, pp. 1-29, Acceso electrónico [www.laley.es].

⁵⁸² De esta realidad ya daba cuenta PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, “Delitos sexuales y castración química. Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales”, *op. cit.*, pp. 1-29.

⁵⁸³ Cfr. Sentencia 55/2005, de 28 abril, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Ponente: Manuel ALEIS LÓPEZ ([...]De este modo y siendo así que no se contempla en el Código Penal la castración química de un agresor sexual ni como pena, ni como medida de seguridad, inaplicable en cualquier caso al no haber declarado ninguna alteración psíquica o sensorial del acusado que influya en su responsabilidad criminal, deviene jurídicamente imposible atender dicha petición[...]).

Ahora bien, aun queda la duda respecto de si dicha obligación podría ser de aplicación tanto a sujetos imputables como semiimputables y, finalmente, inimputables. En efecto, a falta de un pronunciamiento específico, creemos que la idea y definición de “tratamiento” juega un rol fundamental para poder resolver el problema. No obstante, antes de abordar el tema, debemos recordar que, como indicamos en su debido momento [*vid. supra*. Capítulo III, Epígrafe 1.], un delincuente será inimputable cuando, por no gozar de un nivel determinado de desarrollo o madurez de la personalidad, o que por no gozar de determinadas condiciones biopsíquicas que le permitan conocer la ilicitud de sus acciones —u omisiones— y obrar conforme a dicho conocimiento, se encuentre en una situación tal que *no pueda actuar de otro modo*. En efecto, para el caso que nos ocupa —delincuentes sexuales— una anomalía o patología relacionada con un desorden en la producción hormonal de tal magnitud que llegue a condicionar las acciones del sujeto, podría dar pie a que se aprecie una atenuante o, en su caso, eximente de la responsabilidad penal (por hallarnos frente a un sujeto semiimputable o inimputable).

No cabe duda, pues, que el hecho de encontrarnos ante una persona que padece una anomalía física que condiciona su conducta nos lleva a la conclusión de que la obligación de someterse a un “tratamiento” médico con miras a combatir dicha patología ha de ser la respuesta adecuada —siempre y cuando se cumplan los demás requisitos establecidos por la ley para su aplicación—. Ello en la medida que la doctrina médica especializada ha entendido que un “tratamiento” es el conjunto de medios terapéuticos o prescripciones higiénicas que se emplean *con el fin de combatir los estados físicos o psíquicos anómalos de una persona*⁵⁸⁴. En este sentido, cabe indicar que la

⁵⁸⁴ Cfr. “Tratamiento”, en *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland*, Vol. 6, 27 Ed. Ed. Interamericana – McGraw – Hill, Madrid, 1993, p. 1770, “Tratamiento”, en *Diccionario Mosby de Medicina, Enfermería y Ciencias de la Salud*, 5ª Ed., Harcourt,

doctrina jurídico-penal también ha entendido que la noción de “tratamiento” se equipara a la actividad médico curativa⁵⁸⁵

Por consiguiente, como hemos señalado, creemos que la previsión incluida en el nuevo apartado k) del nuevo artículo 106.1 tiene cabida únicamente cuando esté dirigida al tratamiento del delincuente sexual peligroso que haya sido declarado inimputable o, al menos, semiimputable, pues, como es obvio, un sujeto imputable peligroso no precisa de tratamiento alguno a no padecer alguna anomalía o patología que condicione su conducta.

Sin embargo, no cabe duda de que las medidas agresivas como la psicocirugía quedan fuera del ámbito de aplicación del precepto en la medida en que para su ejecución se precisa, al menos en la actualidad, el internamiento del condenado en el centro de salud donde se practique la intervención. De otro lado, conviene indicar que quedarían también excluidos todos los tratamientos psicológicos conductuales en la medida en que éstos no constituyen un tratamiento médico o psiquiátrico en sentido estricto, sino más bien psicológico⁵⁸⁶.

Madrid, 2000, p. 1263; “Tratamiento”, en *Diccionario Mosby de Medicina, Enfermería y Ciencias de la Salud*, op. cit., p. 1263; “Tratamiento”, en *Diccionario de Ciencias Médicas Dorlan*, 6ª Ed., El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1979, p. 1466; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Fernando Eduardo, “Tratamiento médico”, en *Diccionario jurídico y médico. Un enfoque humanístico en la relación médico-paciente*, Cárdenas Velasco Editores, México, 2009, p. 1083; REAL ACADEMIA DE MEDICINA E CIRURXÍA DE GALICIA, “Tratamiento”, en *Diccionario galego de termos médicos*, op. cit., p. 777.

⁵⁸⁵ Cfr. por todos, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, I, *La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981, pp. 9-13.

⁵⁸⁶ Una postura radicalmente opuesta ha sido defendida por el profesor GARCÍA ALBERO, quien sostiene que la nueva redacción del Código Penal no da cabida a la posible aplicación de la castración química, pero sí a la posible aplicación de algunos tratamientos

Conviene poner de manifiesto que hemos plasmado las reflexiones desarrolladas en los párrafos anteriores sin perjuicio de la cuestión del consentimiento que el condenado tendría que otorgar para la ejecución de esta medida. Volveremos sobre este tema más adelante.

En suma, dado que el legislador ha dado un paso mucho mayor que el que ha proclamado en el Preámbulo que antecede al texto de Reforma del Código Penal, creemos que es necesario que se pronuncie explícitamente sobre el tema, pues la imposición de una medida de esta naturaleza no puede librarse al arbitrio del intérprete de turno de la ley. De otro lado, cabe indicar que la naturaleza de esta obligación no guarda una vinculación estrecha con la noción de “libertad vigilada”, pues constituye, como hemos visto en el epígrafe correspondiente, una medida de seguridad que debió ser recogida de forma autónoma, pues dicho tratamiento persigue fines exclusivamente terapéuticos, orientados a la corrección de la peligrosidad pudiendo, por lo tanto, mantenerse aún después de cumplido el límite temporal establecido por la ley —diez años—, claro está, si el condenado decide continuar con él.

Por otra parte, la segunda obligación contenida en el precepto analizado —es decir, la obligación de someterse a un control médico periódico— comprende únicamente la inspección de la salud física o psíquica del condenado. La doctrina coincide en señalar que los controles médicos pueden clasificarse en *preventivos* y *terapéuticos*. Aquellos, como su nombre lo indica, tienden a evaluar el riesgo de que el paciente padezca alguna anomalía o afección física o psíquica, con el fin de establecer una serie de medidas para la prevención de las mismas; mientras que éstos tienden a evaluar el progreso

psicológicos conductuales. Cfr. GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 189.

del tratamiento que con anterioridad haya sido aplicado con el fin de conjurar la anomalía o afección física o psíquica padecida por el usuario.

Dado el contexto en el que se inserta dicho precepto, es obvio que el legislador ha querido incorporar la posibilidad de recurrir a los controles médicos terapéuticos, en la medida que lo que se busca es tratar la peligrosidad criminal de la que el delincuente imputable es portador.

A la vista de la ausencia de pronunciamiento específico, creemos que, bajo las nuevas previsiones del Código Penal, el recurso a procedimientos invasivos (v. gr. tomas de muestras de sangre para analizar los niveles de testosterona tratados por medio de la castración química) ha sido permitido.

Un tema controvertido es el relacionado con la forma en la cual el juez debe precisar el contenido de esta obligación. Afortunadamente el legislador de 2010 ha concretado, creemos que acertadamente, el procedimiento por el cual el Juez o Tribunal sentenciador ha de pronunciarse al respecto. En efecto, las nuevas disposiciones del Código Penal⁵⁸⁷ establecen que el Juez o Tribunal sentenciador tendrá que determinar el contenido específico de la obligación teniendo como base la propuesta que el Juez de Vigilancia Penitenciaria eleve dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad. Para elaborar esta propuesta, según indica el nuevo artículo 98, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

Con esta información, creemos que el Juez o Tribunal sentenciador estará en condiciones de emitir un pronóstico de peligrosidad fiable y perfilar

⁵⁸⁷ Cfr. Arts. 98 y 106.2, 2º párrafo.

el contenido adecuado de la libertad vigilada. La legislación no cierra el paso a que el Juez ordene la comparecencia de los peritos correspondientes a fin de aclarar algunas dudas o de adquirir mayor información sobre asuntos concretos, lo cual parece acertado en la medida en que permitirá que el juzgador tome una decisión con altos estándares de seguridad jurídica.

También resulta interesante que se haya establecido un periodo de revisión anual sobre la adecuación de la medida impuesta. Esta, como veremos más adelante [véase Capítulo VII], constituye también un requisito indispensable para que la imposición de una medida de seguridad sea compatible con las garantías y principios básicos de un Estado de Derecho.

Un gran problema relacionado con esta obligación radica en el hecho de que, al tener ésta un carácter de “obligatoria”, como indicábamos anteriormente, el Juez o Tribunal que la imponga puede prescindir del consentimiento del condenado⁵⁸⁸.

No obstante —y más allá de que la imposición de esta obligación sin contar con el consentimiento del condenado, precisamente por esta razón, puede plantear problemas de efectividad, vulnerándose el principio de adecuación de la medida a un fin determinado— creemos que debió preverse como requisito, para la ejecución de esta obligación, que el condenado haya prestado su consentimiento, puesto que la redacción actual del CP da pie a que se piense que dicha norma entra en conflicto con lo establecido por el artículo

⁵⁸⁸ URRUELA MORA, Asier, “Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 670; LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, *ob. cit.*, pp. 1 y ss; PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, “Delitos sexuales y castración química. Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales”, *op. cit.*, pp. 1-29.

2 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente: “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios” —recordemos que ante esta situación primaría el Código Penal al ser éste una Ley Orgánica que, además de ser posterior, tiene carácter de ley especial—.

De ser así, y como acertadamente señala GARCÍA ALBERO, la reforma del CP de 2010 no guardaría consistencia con lo dispuesto para la aplicación de otro tipo de obligaciones —v. gr. en el ámbito de las penas, los trabajos en beneficio de la comunidad— que el condenado puede rechazar, en consonancia con el principio de voluntariedad pues, “no tiene ningún sentido que el condenado pueda rechazar el [dicho] tratamiento mientras esté en prisión, y luego, ya en libertad, ser sometido obligatoriamente a terapia”⁵⁸⁹.

Sin embargo, creemos que, a pesar de que la exigencia del consentimiento no está incluida en el propio texto del artículo 106, sí que se encuentra dentro las disposiciones generales sobre las medidas de seguridad, en concreto en el apartado 3 del artículo 100. En efecto, la nueva redacción de dicho apartado dictada por la Ley Orgánica 5/2010 dispone: “En ambos casos el Juez o Tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento. A estos efectos, *no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido*. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate”.

⁵⁸⁹ GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, ob. cit., p. 189.

Como señala GARCÍA ALBERO, con este rotundo texto queda, pues, suplida esta exigencia de la que, aparentemente, carecía el nuevo artículo 106⁵⁹⁰.

e) Incumplimiento

La libertad vigilada se incumple cuando se deja de atender a las obligaciones y prohibiciones impuestas; en este caso, el Juez o Tribunal sentenciador, teniendo en consideración las circunstancias concurrentes podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas, y en caso de incumplimiento “reiterado” o “grave” que revele “la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas”, abrirá unas diligencias previas por un delito de quebrantamiento de condena⁵⁹¹.

En este sentido, de nuevo pueden plantearse problemas en el caso en el que se haya acordado como contenido de la libertad vigilada la prohibición de acercarse a la víctima, comunicarse con ella o residir en determinados lugares, en la medida en que los delitos expresamente recogidos en el artículo 57.2 —dentro de los cuales se encuentran los delitos contra la libertad sexual— y en el artículo 578 —terrorismo— en todo caso, llevarán consigo la pena de alejamiento que se cumplirá simultáneamente a la privación de libertad, pero que, por disposición directa de la ley, excederá en años la duración de ella, de forma que una vez que se alcance la libertad, sea esta condicional o definitiva,

⁵⁹⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 193.

⁵⁹¹ GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 195; LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, *ob. cit.*, pp. 1 y ss.

todavía le restará al penado por cumplir con parte de la pena de alejamiento impuesta. De ser así, se supone que no se decretará simultáneamente, como contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada ninguna de estas prohibiciones, sino que se recurrirá a la imposición de otras de las recogidas en el artículo 66. Pero sólo un análisis interpretativo de la norma lo impide, pues en este punto el legislador ha guardado silencio. Los efectos del solapamiento se ponen de manifiesto cuando se analizan las consecuencias del incumplimiento del alejamiento impuesto como pena —se incurre en un delito de quebrantamiento de condena con tal de que en una sola ocasión se desobedezcan las prohibiciones u obligaciones— , o como contenido de la libertad vigilada —en cuyo caso, sólo cuando el incumplimiento sea reiterado, habrá que deducirse testimonio por dicho delito—⁵⁹².

No obstante, puede que durante la fase de la libertad condicional se obligue también al condenado a no acercarse o no comunicarse con la víctima o a no residir en determinados lugares, no ya como pena, ni como contenido de la libertad vigilada, sino como una mera pauta de acompañamiento de la obligación principal —no delinquir—, en cuyo caso, en atención a lo previsto por el art. 93, el Juez de vigilancia revocará la libertad concedida, y “el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda”, pero no da lugar a que se deduzca testimonio por un delito de quebrantamiento de condena⁵⁹³.

⁵⁹² BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 314.

⁵⁹³ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ob. cit.*, p. 315; LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, *ob. cit.*, pp. 1 y ss.

Finalmente, cabe indicar que, como ya lo apuntamos, no se incumple la medida —y, por consiguiente, no se configura el quebrantamiento de condena— cuando el condenado se niega a someterse a un tratamiento médico externo o a someterse a un control médico periódico en virtud de lo estipulado en el apartado 3 del artículo 100: “[...] *no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido*”.

3.2.3. Control telemático

a) El control telemático: Pasado y presente

Han pasado poco más de cuatro décadas desde que el control telemático irrumpiera en la discusión político-criminal y jurídico-penal en el occidente⁵⁹⁴. La novedad que caracteriza a esta tecnología ha conllevado, por tanto, a una suerte de vaguedad y ambigüedad en cuanto a las consecuencias dogmáticas de su implementación —más aún si tenemos en cuenta que, tal y como veremos en su momento, en algunos casos con ella se pretendería hacer frente a una serie de instituciones tan añejas [y de discutible legitimidad] como son la *peligrosidad criminal*⁵⁹⁵ y, aún más, la *reincidencia*—. Por ello, el repaso del origen y el funcionamiento del control telemático nos servirá para aclarar una

⁵⁹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *ob. cit.*, pp. 93 – 98; PERIS RIERA, Jaime M., “Algunas cuestiones conflictivas de la parte general surgidas tras la reforma de la LO15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal”, *ob. cit.*, p. 364.

⁵⁹⁵ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S. A., 1986, pp. 15-19.

serie de cuestiones (tales como su naturaleza jurídica, viabilidad constitucional y político-criminal, etc.) que por sí solas son de difícil precisión⁵⁹⁶.

a.1) Origen del seguimiento telemático

Como toda innovación tecnológica, el control telemático tuvo su origen primero en el plano teórico y posteriormente en el práctico. Es importante resaltar que en un primer momento, el debate en relación con la posible aplicación y desarrollo de esta tecnología se situó en los Estados Unidos de América, donde el equipo de investigación dirigido por el Profesor RALPH SCHWITZGEBEL de la Universidad de Harvard, propuso medidas electrónicas como forma de control —con finalidad puramente rehabilitadora— de los delincuentes reincidentes peligrosos, así como de las personas que padecían trastornos mentales graves⁵⁹⁷. De esta forma, el mencionado equipo, desarrolló el *Behavior Transmitter-Reinforcer* (BT-R), un voluminoso dispositivo capaz de determinar de forma muy limitada la localización geográfica de su portador y de comunicarse con el mismo a través de señales tonos⁵⁹⁸. Finalmente, y a

⁵⁹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *ob. cit.*, pp. 93 – 98; PERIS RIERA, Jaime M., “Algunas cuestiones conflictivas de la parte general surgidas tras la reforma de la LO15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal”, *ob. cit.*, p. 364.

⁵⁹⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, *op. cit.*, pp. 4-6.

⁵⁹⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo / MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. *Monitoramento eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008, p. 14; KILLIAS, Martin / GILLIÉRON, Gwladys / KISSLING, Izumi / VILLETAZ, Patrice, “Community Service Versus Electronic Monitoring — What Works Better?: Results of a Randomized Trial”, en *The British Journal of Criminology*, Vol. 50,

pesar de que la doctrina continuaba insistiendo en que su implementación era aconsejable⁵⁹⁹, dicha propuesta no fue adoptada debido, como se ha indicado, al insuficiente desarrollo del dispositivo (gran tamaño y poca eficacia) y al elevado coste que su implementación suponía.

De esta manera, no fue sino hasta 1983 cuando, sin precedente análogo alguno, un Juez de Albuquerque (Nuevo México) impone, por primera vez, una sentencia condenatoria que preveía como pena un arresto domiciliario al cual incorporó el control telemático como medio para controlar el cumplimiento del mismo. La literatura que aborda esta materia suele indicar que JACK LOVE —el Juez norteamericano que emitió la innovadora sentencia— encontró inspiración en uno de los capítulos del conocido comic *Spiderman*, aparecido a finales de la década de los 70, en el que el villano WILSON FISK (*KingPin*) fija, en el brazo del héroe, un brazalete electrónico que, por estar conectado a un radar, le permitía localizarlo en todo momento: “*That oversized ID bracelet is an electronic radar device... which will allow me to zero in on your location whenever I wish! [...] Even your awesome power cannot remove it! Nothing can, except my hidden laser key!*”. Con la idea caída en mientes, el Juez LOVE contactó con el ingeniero electrónico MICHAEL GOSS y le encomendó el diseño del dispositivo que, finalmente, fue probado por el propio Juez y posteriormente aplicado a cinco delincuentes de su ciudad. De esta forma, el primer prototipo de brazalete electrónico pasó a

Núm. 6, Centre for Crime and Justice Studies, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 1155 y ss.

⁵⁹⁹ INGRAHAM, Barton L. / SMITH, Gerald W. The use of electronics on the observation and control of human behavior and its possible use in rehabilitation and parole. *Issues in Criminology. Volumen 7. Issue 2*. Berkeley: University of California, 1972, pp. 41-45; KILLIAS, Martin / GILLIÉRON, Gwladys / KISSLING, Izumi / VILLETZAZ, Patrice, “Community Service Versus Electronic Monitoring — What Works Better?: Results of a Randomized Trial”, *op. cit.*, pp. 1155 y ss.

denominarse coloquialmente *Gosslink* —anglicismo obtenido de la unión del apellido del creador del dispositivo y de la palabra *link* (“enlace”, “eslabón”)— y su uso se extendió rápidamente a diversos proyectos pilotos —elaborados para hacer frente al problema de la superpoblación carcelaria, así como del elevado coste que esta suponía— en los Estados de Washington, Virginia y Florida⁶⁰⁰.

De otro lado, la llegada de la monitorización electrónica a Europa tuvo su origen en una serie de circunstancias claramente diferentes de las que motivaron su introducción en los Estados Unidos. En este sentido, pioneros en la introducción del control telemático fueron el Reino Unido, Holanda y Suecia.

Se dice que el principal motivo de la introducción y desarrollo del control telemático en el Reino Unido fue la férrea voluntad del gobierno de privatizar el sistema penitenciario, así como la búsqueda de simpatía por parte del electorado mediante el endurecimiento del sistema penal y la modernización (con tecnologías importadas de los Estados Unidos) de las formas de ejecución de las penas con vistas, por un lado, a la superación del problema de la superpoblación carcelaria y, por otro, a la reducción de los gastos generados por aquella⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo / MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico, pp. 14 y ss; KILLIAS, Martin / GILLIÉRON, Gwladys / KISSLING, Izumi / VILLETZAZ, Patrice, “Community Service Versus Electronic Monitoring — What Works Better?: Results of a Randomized Trial”, *op. cit.*, pp. 1155 y ss.

⁶⁰¹ Cfr. PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, en *Poder Judicial*, 3ª época, Núm. 46, II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 262- 264.

En efecto, tras la adopción en 1989 de una serie de programas experimentales, la monitorización fue introducida en el sistema penal del Reino Unido a través de la *Criminal Justice Act* de 1991, mediante la cual se preveía la posibilidad de controlar las llamadas *curfew orders* (esto es, las ordenes de permanecer o alejarse de determinados lugares) mediante la vigilancia telemática, con el fin de evitar el aumento de la población en las prisiones⁶⁰². Posteriormente, el ámbito de aplicación de esta tecnología fue ampliado por la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994, la *Crime Sentences Act* de 1997 y, más recientemente, por la *Crime Justice and Court Services Act* del 2000, y la *Criminal Justice Act* del 2003⁶⁰³. Mención especial merece el establecimiento en 1999 del programa *Home Detention Curfew* — que en su primer año de aplicación contó con la participación de 16000 condenados— mediante el cual se permitía la liberación de los presos dos meses antes de cumplida la totalidad de la condena siempre y cuando fueran controlados telemáticamente⁶⁰⁴.

A su turno, la experiencia vivida en Suecia fue del todo distinta a la acaecida en el Reino Unido, pues la implementación de esta tecnología estuvo claramente motivada por la tendencia a seguir el discurso ideológico que propugnaba la humanización de las penas con miras a evitar las nocivas

⁶⁰² Cfr. PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, *op. cit.*, pp. 262- 264.

⁶⁰³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo / MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico, pp. 19 y 20; KILLIAS, Martin / GILLIÉRON, Gwladys / KISSLING, Izumi / VILLETZAZ, Patrice, “Community Service Versus Electronic Monitoring — What Works Better?: Results of a Randomized Trial”, *op. cit.*, pp. 1155 y ss.

⁶⁰⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo / MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico, p. 19. Véase también PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, *op. cit.*, pp. 262- 264

consecuencias que el encarcelamiento trate para el ser humano⁶⁰⁵. De esta forma, en Suecia se empezó a utilizar esta tecnología en agosto de 1994 — extendiéndose su uso en todo el país para el año 1997—. Aunque en un primer momento se estableció que únicamente era posible aplicarla cuando se tratase de sustituir una pena de corta duración (igual o inferior a tres meses), más tarde —en concreto en el año 2001— se comenzó a permitir su aplicación para sustituir los cuatro meses restantes de penas que fuesen mayores de dos años y que hubieran impuestas por delitos fiscales o de narcotráfico. Un dato que es importante resaltar es que una de las consecuencias de la aplicación del control telemático en Suecia fue la clausura de 10 establecimientos penitenciarios que tenían, cada uno, capacidad para albergar a 400 internos⁶⁰⁶.

Respecto de Holanda, es necesario resaltar que en 1988 se da inicio al arduo debate en torno a la posibilidad de la introducción de la monitorización telemática. En estas discusiones se enfrentaron aquellos que defendían la conveniencia de la implementación de esta nueva tecnología —presentándola como una alternativa “civilizada” a las penas privativas de libertad— y aquellos que la veían con recelo —por los posibles excesos en cuanto a la vulneración del derecho a la intimidad de los condenados a la misma—. En cualquier caso, no fue sino hasta 1995 —y posteriormente en el año 2000— cuando se da inicio a un programa experimental debido, por un lado, a que el país padecía ya de una incontrolable superpoblación en los centros penitenciarios y, por otro, a la necesidad de reducir los gastos que el propio

⁶⁰⁵ Cfr. PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, op. cit., pp. 264- 268.

⁶⁰⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo / MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico, p. 21; véase también, PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, op. cit., pp. 266- 267.

sistema carcelario generaba. Finalmente, el control telemático fue adoptado oficialmente por el sistema jurídico-penal holandés en 1999.

En España, finalmente, la introducción en el ordenamiento jurídico de la posibilidad de aplicación del control telemático se remonta al Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario⁶⁰⁷. En efecto, este documento, al regular el tema de las Salidas del Establecimiento en el Régimen Abierto (artículo 86, núm. 4.º) establece: “En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante *dispositivos telemáticos* adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales”.

Por otra parte, el recurso al control telemático fue introducido en el Código Penal de 1995 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el texto punitivo español⁶⁰⁸. En efecto dicha Ley Orgánica introduce en el Código Penal la posibilidad de recurrir a medios electrónicos para controlar, de forma efectiva, el cumplimiento de ciertas penas privativas de derechos —en concreto la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos y la prohibición de aproximarse a la víctima o a

⁶⁰⁷ Pionero en abordar el tema, PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, op. cit., pp. 259- 272; véase también VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 3 y 4.

⁶⁰⁸ Véanse los núms. 1.º, 2.º y 4.º del art. 48 del Código Penal español.

aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o el Tribunal—.

A su turno, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece la posibilidad de recurrir a la vigilancia telemática para constatar el efectivo cumplimiento de la medida cautelar de alejamiento en los supuestos en que se instruya algún acto constitutivo de violencia de género. En efecto el núm. 3 del artículo 64 de la mencionada Ley establece: “El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella [...] Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento”.

De otro lado, otra fuente legislativa española que hecho alusión —aunque únicamente en su Exposición de Motivos— a los medios telemáticos de control de la ubicación del condenado es la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal y se introduce —en el artículo 33, núm. 4.º, letra g)— la pena de localización permanente⁶⁰⁹. En

⁶⁰⁹ Es importante poner de manifiesto que la doctrina se ha mostrado escéptica ante la denominación que el legislador le ha dado a esta sanción, pues bajo el nombre de “localización permanente” —nombre que, en puridad aludiría al control telemático del penado— se contempla una pena mediante la cual se obliga al condenado a permanecer en un lugar determinado (por ejemplo, en su domicilio) por lo que nos encontraríamos frente a una pena privativa —o si se quiere, restrictiva— de la libertad ambulatoria. Como acabamos de señalar, dado que el rótulo “localización permanente” parece más bien hacer alusión a la monitorización telemática del condenado, la doctrina ha venido insistiendo, con mucha razón, que el nombre más adecuado para esta pena sería el de “arresto en sitio o lugar determinado”. Cfr. por todos, ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de*

efecto, estando basada esta “novedosa”⁶¹⁰ sanción, según indica dicha Exposición de Motivos, “en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología” tenemos que dar por sentado que, sin lugar a dudas, el legislador ha querido aludir a la vigilancia telemática de la ubicación del condenado⁶¹¹.

Finalmente, cabe indicar que, como hemos visto, con la última modificación del Código Penal español⁶¹², esta medida de seguridad finalmente ha sido incorporada al sistema penal hispano. En efecto, dicha Ley introduce la posibilidad de la medida de seguridad de libertad vigilada a sujetos plenamente imputables. Dicha medida, según reza el apartado 1º del artículo 106 del Código Penal, consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

localización permanente. Colección “Estudios de Derecho Penal y Criminología”. ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). Granada: COMARES, 2008, pp. 1-4.

⁶¹⁰ La pretendida “novedad” de esta sanción ha sido duramente criticada por la doctrina en vista de que esta consecuencia jurídica del delito no constituye sino un retorno al añejo arresto domiciliario. Cfr. por todos, ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, pp. 23-25.

⁶¹¹ ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, pp. 117-119; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, p. 294.

⁶¹² *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (BOE 23 de junio de 2010). Como sabemos, en virtud de ella se introduce la medida de seguridad de libertad vigilada. Dicha modificación del CP hispano trae como novedad la posibilidad de imponer medidas de seguridad a sujetos imputables que sean portadores de peligrosidad.

a.2) Aproximación conceptual

En sentido amplio, se entiende que el control telemático (*electronic tagging*) está constituido por toda técnica que posibilite, mediante el uso de un aparato electrónico, la vigilancia telemática de una persona⁶¹³. Sin embargo, se puede apreciar que dicha definición posee tal amplitud que podría comprender a todo tipo de monitorización aplicada o no en el sistema penal. En esta línea de ideas, y siendo el objeto de estudio de este trabajo el análisis de las posibilidades de aplicación del control telemático a los delincuentes imputables peligrosos, tendremos necesariamente que concretar y delimitar la noción con la cual trabajaremos⁶¹⁴.

En el ámbito penal, en principio, el término hace referencia a toda técnica aplicada a una persona como consecuencia de la comisión de un delito⁶¹⁵ que, mediante la vigilancia telemática, o bien controla su localización geográfica, o bien comprueba la presencia de ciertas sustancias prohibidas o de ciertas alteraciones fisiológicas en su cuerpo —para llevar el control en este último supuesto, han de utilizarse una serie de dispositivos diseñados precisamente para tal efecto, como los test telemáticos de consumo de drogas⁶¹⁶ o los polígrafos (que posibilitan el control de ciertas constantes vitales tales como la presión sanguínea o el ritmo cardíaco)⁶¹⁷—.

⁶¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *ob. cit.*, p. 93; PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, *op. cit.*, p. 260.

⁶¹⁴ Cfr. PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, *op. cit.*, p. 260.

⁶¹⁵ ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 125.

⁶¹⁶ Recuérdese que algunos sistemas penales —por ejemplo el argentino (art. 13, num. 2.º), el boliviano (art. 61), el nicaragüense (art. 104), etc.— prevén, en algunos

Finalmente, es importante resaltar que no existe consenso —ni en el ámbito doctrinal ni en la (escasa) legislación existente— respecto de la cuestión de la terminología utilizada para la denominación de esta técnica pues, como se puede observar de la lectura de los diversos documentos que tratan la cuestión, se la ha denominado indistintamente “control electrónico”, “vigilancia electrónica”, “monitores electrónicos”, “cárcel electrónica”, “seguimiento telemático”, “control telemático”, “monitorización telemática” y,

supuestos —generalmente como requisito para la concesión de la libertad condicional— la obligación de abstenerse de consumir alcohol u otros estupefacientes. En Estados Unidos se ha desarrollado el Programa SCRAM (*Secure Continuous Remote Alcohol Monitor*) mediante el cual se puede controlar periódicamente —normalmente una vez al día— si el sujeto a consumido o no bebidas alcohólicas. Cfr. www.alcoholmonitoring.com; ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, pp. 125-126.

⁶¹⁷ En el mercado existen dispositivos de control telemático que, mediante el uso de tecnología GPS, son capaces de vigilar y llevar un registro tanto del ritmo cardiaco como de la frecuencia respiratoria del condenado. El objetivo de tal control es precisamente la medición del nivel de agresividad y/o excitación sexual del sujeto sometido a tal medida. Es importante resaltar que esta tecnología, ante la detección de un comportamiento anormal en el sujeto condenado, también es capaz de despedir una descarga eléctrica o de inyectar un tranquilizante en el cuerpo del sujeto. Las principales objeciones planteadas en relación con estos dispositivos —que, vale la pena recordarlo, hasta el momento no han sido utilizados en ningún sistema penal— han hallado cabida y sustento en la idea de que la finalidad preventiva de dicha tecnología únicamente se logra mediante una intervención invasiva en el ser humano que facilita, posteriormente, un castigo corporal, atentando de esta manera contra la los derechos fundamentales de la persona humana. Cfr. ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 126; GONZÁLEZ RUS, Juan José. Control electrónico y sistema penitenciario. *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Junta de Andalucía, Dirección General de Administración Local y Justicia. Sevilla: Consejería de Gobernación, 1994, p. 73; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *ob. cit.*, pp. 93 – 98.

finalmente, “localización telemática”⁶¹⁸. En nuestra opinión, mediante el uso de cualquiera de estas denominaciones se puede, sin mayores complicaciones, hacer referencia a la medida materia de análisis. No obstante, si queremos ser rigurosos con la elaboración y utilización de un término que se identifique plenamente con el contenido del mismo, hemos de decantarnos por todas aquellas opciones que contengan la palabra “telemático/a”, pues recuérdese que no todo “control electrónico” será, necesariamente, desarrollado a “larga distancia”, es decir, “telemático”⁶¹⁹.

a.3) Funcionamiento y tecnología utilizada para el control telemático de ubicación

⁶¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI. *Anuario de la Facultad de Derecho de Universidad de Alcalá de Henares*. Nº 2005. Alcalá de Henares: Facultad de Derecho de Universidad de Alcalá de Henares, 2005, pp. 1 y ss. Consultado el 10 de junio de 2009 en [<http://www.uah.es/derecho/facultad/anuario2005.htm>]; ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, pp. 117 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, p. 294; AA. VV. *Monitoramento eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008, pp. 14 y ss.; GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho, p. 999.

⁶¹⁹ En este sentido, no debemos olvidar que la Real Academia Española entiende que la “telemática” está constituida por la “aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada”. Cfr. www.rae.es; ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 126; KILLIAS, Martin / GILLIÉRON, Gwladys / KISSLING, Izumi / VILLETAZ, Patrice, “Community Service Versus Electronic Monitoring — What Works Better?: Results of a Randomized Trial”, *op. cit.*, pp. 1155 y ss.

Usualmente se asocia al control telemático con el uso de los populares “brazaletes electrónicos”⁶²⁰ —curiosamente conocidos en los países anglosajones con el nombre de *Ankle Monitor* (monitor de tobillo)—, pero, tal y como veremos a continuación, ésta es solamente una de las diversas tecnologías de las que se dispone para llevar un control telemático de la ubicación de una persona⁶²¹. En efecto, teniendo en cuenta la técnica utilizada para la vigilancia, la doctrina suele distinguir, claramente, dos sistemas: El control telemático pasivo y el control telemático activo⁶²².

La *vigilancia telemática pasiva* —también denominada *vigilancia de contacto programado* y conocida en el sistema anglosajón como *programmed contact*— permite comprobar, a horas concretas, si la persona a la que se le aplica esta medida de control se encuentra en el lugar y horario determinado previamente por el Juez⁶²³. El funcionamiento del sistema normalmente se lleva a cabo a través de una serie de llamadas realizadas por un ordenador —

⁶²⁰ Así, en su momento, PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, op. cit., p. 261.

⁶²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, ob. cit., pp. 93 – 98.

⁶²² Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José. Control electrónico y sistema penitenciario, p. 72; ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 127; VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, op. cit., pp. 69 y ss.

⁶²³ ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 129; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, ob. cit., pp. 93 – 98; VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, op. cit., pp. 69 y ss; KILLIAS, Martin / GILLIÉRON, Gwladys / KISSLING, Izumi / VILLETZAZ, Patrice, “Community Service Versus Electronic Monitoring – What Works Better?: Results of a Randomized Trial”, op. cit., pp. 1155 y ss.

de forma aleatoria o a horas preestablecidas— al lugar donde debería encontrarse el sujeto controlado, debiendo ser éste⁶²⁴ quién conteste dichas llamadas para acreditar el efectivo cumplimiento de la orden⁶²⁵. En sus inicios este sistema fue ampliamente aceptado y utilizado, principalmente para controlar el cumplimiento del arresto domiciliario debido a que únicamente se requiere la instalación de un teléfono en el lugar del cumplimiento de la sanción y porque, además, no requiere necesariamente el uso de un brazalete electrónico, evitando así el posible efecto estigmatizador que puede generar el mismo cuando es visto por otras personas⁶²⁶. Sin embargo, hemos de tener presente que este sistema trae consigo el inconveniente de la restricción del uso del teléfono —tanto por parte del condenado, como de las personas que viven con él—, y peor aún, el inconveniente de que, mediante su uso, no se garantiza que el condenado y las personas que convivan con él puedan gozar de un descanso nocturno ininterrumpido, pues las constantes llamadas a diferentes horas del día y la noche constituyen, sin duda, una carga que no se

⁶²⁴ La identificación del sujeto controlado suele llevarse a cabo mediante el uso de diversos dispositivos tales como: identificadores de voz, emisores de códigos sonoros, telemonitores, dispositivos de control de huellas dactilares o de verificación biométrica, o, finalmente mediante la introducción de un dispositivo que el sujeto lleva incorporado al cuerpo en el receptor instalado para tal fin. Cfr. ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 129.

⁶²⁵ VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, op. cit., pp. 69 y ss; PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, op. cit., pp. 261- 262; KILLIAS, Martin / GILLIÉRON, Gwladys / KISSLING, Izumi / VILLETAZ, Patrice, “Community Service Versus Electronic Monitoring — What Works Better?: Results of a Randomized Trial”, op. cit., pp. 1155 y ss.

⁶²⁶ Es importante dejar anotado que, últimamente, este sistema se ha visto notablemente reforzado por la generalización del uso de teléfonos móviles que llevan cámaras de video incorporadas. Cfr. ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 130.

puede evitar. Finalmente, es bastante claro que el control mediante contacto programado sería un instrumento inútil si es que el condenado es una persona sorda o muda (e incluso si se trata de una persona con el sueño muy profundo).

A su turno, el control telemático activo —conocido en el sistema penal anglosajón con el nombre de *continously signalling*— puede desarrollarse mediante el uso de dos sistemas tecnológicos diferentes⁶²⁷: a) la radio frecuencia y b) la monitorización satelital. La primera de estas tecnologías cumple sus objetivos —comprobar si la persona se encuentra en un lugar concreto durante un lapso de tiempo previamente determinado⁶²⁸— mediante el uso de transmisores y receptores electrónicos que funcionan de la siguiente manera: En el tobillo o en la muñeca del sujeto que se pretenda vigilar se fija un brazalete (*transmisor*) que, de forma ininterrumpida, emite una secuencia de señales que van a ser recibidas por un *receptor-transmisor* que previamente haya sido instalado en el lugar donde dicha persona deba cumplir su condena (usualmente en su domicilio). Este *receptor-transmisor* tiene la función de enviar, a través de la red de telefonía fija, la información recolectada a un *ordenador central* que se encargará de procesar los datos —detectar cuándo las señales empiezan a ser emitidas y cuándo dejan de serlo— y, en caso de que el controlado no cumpla con sus obligaciones, de hacer saltar la alarma⁶²⁹.

⁶²⁷ ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 128; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *ob. cit.*, pp. 93 – 98.

⁶²⁸ Cfr. CÉRÉ, Jean-Paul. *As novas tecnologias a serviço do Direito Penal: Monitoramento eletrônico estático e móvel*, p. 91; KILLIAS, Martin / GILLIÉRON, Gwladys / KISSLING, Izumi / VILLETIAZ, Patrice, “Community Service Versus Electronic Monitoring – What Works Better?: Results of a Randomized Trial”, *op. cit.*, pp. 1155 y ss.

⁶²⁹ Cfr. CÉRÉ, Jean-Paul. *As novas tecnologias a serviço do Direito Penal: Monitoramento eletrônico estático e móvel*, p. 98, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan

Por ello, y al igual que la monitorización telemática pasiva, este sistema es capaz de detectar si la persona no ha permanecido en el lugar en el que debía permanecer o, incluso, si ha permanecido en el mismo aún cuando no debía estar allí, por lo que puede ser utilizado para controlar los arrestos domiciliarios y las órdenes de alejamiento. Se alega a favor de su implementación el hecho de que, a diferencia del control telemático pasivo, impone menos cargas a la persona monitorizada y a las personas que vivan con él, pues no tendrán que lidiar con las continuas llamadas telefónicas, indispensables para el correcto funcionamiento del sistema de control pasivo. En contra se ha argumentado que, el hecho de que el condenado lleve permanentemente el brazalete puede dar pie a que, en algún momento, sea este estigmatizado; y ello sin contar con los conflictos que puede traer la necesaria intrusión en el domicilio del sujeto para la instalación del receptor-transmisor⁶³⁰.

Finalmente, la monitorización satelital⁶³¹ —también conocida con el nombre de *satellite tracking*— es la más novedosa y eficaz de las técnicas que pueden emplearse para la vigilancia telemática de la ubicación geográfica de una persona. Su funcionamiento se basa en la fijación de un *indicador* en la persona que se vaya a vigilar; este dispositivo se conecta con la red de satélites del GPS —*Global Position System*— y con las estaciones de control terrestres

Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal”, *ob. cit.*, pp. 93 – 98.

⁶³⁰ Cfr. CÉRÉ, Jean-Paul. *As novas tecnologias a serviço do Direito Penal: Monitoramento eletrônico estático e móvel*, p. 100.

⁶³¹ SHUTE, Stephen. *Satellite tracking of offenders: A study of the pilots in England and Wales*. Ministry of Justice. United Kingdom: Crown, 2007, p. 3; ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, pp. 128 y 129; VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

(ordenadores centrales), permitiendo la localización en tiempo real⁶³² de la persona que porta el indicador en cualquier lugar en el que se encuentre⁶³³. El dispositivo mencionado suele ser del tamaño de un teléfono móvil, aunque en la actualidad se han desarrollado algunos que son apenas más grandes que un grano de arroz⁶³⁴ —el funcionamiento de estos últimos se lleva a cabo a través de la introducción del indicador en el interior del cuerpo del condenado, mediante el uso de una aguja que atraviese la piel y que sirva de vía para depositar el chip—. Es importante resaltar que a pesar de que el control de la información estaría en manos de los ordenadores estadounidenses que controlan el GPS, en los próximos años se espera que España disponga de la tecnología del novedoso y más eficaz sistema global de navegación por satélite GALILEO desarrollado por la Unión Europea y que posiblemente comience a funcionar entre los años 2011 y 2014. Por otra parte, a favor de la monitorización satelital se ha argüido que el sistema permite a la persona

⁶³² No obstante, la monitorización puede no realizarse permanentemente, sino únicamente en horarios preestablecidos, en cuyo caso estaríamos frente a un sistema de control telemático pasivo, pues recordemos que los adjetivos “activo” o “pasivo” no están determinados por la tecnología utilizada, sino más bien por la forma en la que ésta se utiliza. Cfr. SHUTE, Stephen. *Satellite tracking of offenders: A study of the pilots in England and Wales*, pp. 3 y 4; ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 127.

⁶³³ SHUTE, Stephen. *Satellite tracking of offenders: A study of the pilots in England and Wales*, p. 3.

⁶³⁴ Durante los últimos años, el interés por el uso de esta tecnología se ha incrementado en algunos países de Latinoamérica como consecuencia del incremento del número de secuestros. En este sentido, algunas compañías —por ejemplo Xega S.A.— ofertan al público un servicio de vigilancia que se basa en la implantación del indicador —que, como se ha indicado, es ligeramente más grande que un grano de arroz— en el interior del cuerpo del cliente —generalmente en el brazo—. Cfr. <http://www.xega.com.mx/vip.html>

controlada desplazarse sin límites espaciales, por lo que podría ser utilizado tanto para arrestos domiciliarios⁶³⁵, como para regímenes de libertad condicional o, finalmente, para la vigilancia de delincuentes peligrosos que se encuentren libres tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad correspondiente. Asimismo, en el ámbito probatorio, se ha indicado que, ante la comisión de un delito, este es el único sistema capaz de asegurar o descartar la incriminación de la persona controlada, pues mediante él se puede determinar el lugar preciso donde ésta se encontraba en el momento en el que fueron cometidos los hechos delictivos.

Las objeciones que se han planteado ante el uso de la vigilancia satelital, como en toda tecnología de particular novedad, suelen ser las relacionadas con el coste del uso de la misma —tanto en lo que respecta a la adquisición del equipo y dispositivos necesarios para su funcionamiento, como en lo relacionado con el coste del personal dedicado las 24 horas⁶³⁶—, la dudosa eficacia de la misma —en el caso que nos ocupa se suele indicar que la vigilancia satelital posee un margen de error de 10 metros y que aún existen “zonas oscuras” (como túneles y edificios) que no gozarían de la cobertura necesaria para la localización de la persona deseada—, el monopolio de los Estados Unidos en cuanto al uso de los satélites que conforman el GPS⁶³⁷ y,

⁶³⁵ Pues además de detectar de forma instantánea el incumplimiento de la obligación de permanecer o alejarse de determinado lugar, permite mantener localizada a la persona donde quiera que vaya.

⁶³⁶ Sirva como referencia que el coste promedio del uso de esta tecnología en México —según la oferta de las compañías privadas que brindan este servicio— asciende a la suma de 2870 EUR por la operación de implantación del dispositivo, más una tasa de mantenimiento anual de 1579 EUR. Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁶³⁷ Desventaja que, como se ha indicado, se superará en pocos años.

finalmente, que el control permanente supone una mayor carga para el condenado, así como una mayor afectación para algunos de sus derechos (por ejemplo, el derecho a la intimidad).

b) La aplicación del control telemático al delincuente imputable peligroso

Si tenemos en cuenta las características de cada uno de los sistemas utilizados para la monitorización telemática en el ámbito penal, fácilmente podremos intuir que, dada su versatilidad⁶³⁸, ha sido utilizada de forma notoriamente heterogénea⁶³⁹. De esta forma, además de haber servido como medida cautelar, la vigilancia telemática ha sido adoptada por diversos países como un instrumento de control accesorio a otra medida penal pues, a través de ella, el Estado puede controlar el cumplimiento efectivo de una pena —ya sea ésta de arresto domiciliario o de la prohibición de acercarse o permanecer en determinados lugares— dado que es capaz de detectar el quebrantamiento de la misma⁶⁴⁰.

Sin embargo, gracias a la aparición y desarrollo de la vigilancia satelital, esto es mediante el uso del GPS, a lo largo de los últimos años se ha planteado la posibilidad de utilizar esta tecnología para el control de delincuentes sexuales peligrosos tras el cumplimiento de la pena privativa de

⁶³⁸ Cfr. ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, p. 125.

⁶³⁹ Más aún si recordamos la existencia de dispositivos tales como el *Secure Continuous Remote Alcohol Monitor*. Véase la nota 22.

⁶⁴⁰ SHUTE, Stephen. *Satellite tracking of offenders: A study of the pilots in England and Wales*, p. 14; ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, pp. 118, 128 y 129.

libertad correspondiente⁶⁴¹. En este sentido, los legisladores estadounidenses fueron pioneros en regular esta materia pues, desde el año 2005, varios han sido los Estados⁶⁴² que han dictado leyes que contemplan la posibilidad de vigilar telemáticamente a esta clase de delincuentes. El origen de tal tendencia se remonta al escándalo mediático suscitado por la violación y posterior asesinato —en el año 2005— de la niña, de nueve años de edad, JESSICA MARIE LUNSFORD (1995 - 2005) que desencadenó una fuerte preocupación de la sociedad norteamericana por el endurecimiento del tratamiento penal para los violadores en serie —especialmente de los pederastas— propiciando, el mismo año, la aprobación de la denominada *Jessica's Law* en Florida⁶⁴³. El tiempo de duración de la aplicación de dicha medida varía dependiendo del Estado en el cual se juzgue el delito, aunque es importante resaltar que en algunos lugares —California, Florida, Misisipi y Ohio— la vigilancia telemática puede, en algunos supuestos⁶⁴⁴, ser aplicada de forma perpetua.

Por otra parte, entrando al campo de los objetivos o fines que se pretenderían conseguir mediante la imposición del control telemático a esta clase de delincuentes, la doctrina, con razón, ha señalado que fundamentalmente serían cuatro: **a)** El incremento del control y/o vigilancia del sujeto peligroso —pues, teniendo en cuenta las características de la tecnología utilizada en el control satelital, puede fácilmente llevarse un completo registro de cada uno de los movimientos que el sujeto realice durante

⁶⁴¹ Aunque también durante la ejecución de la misma, cuándo el reo se encuentre gozando del beneficio de la libertad condicional.

⁶⁴² Florida, California, Massachusetts, Minnesota, Misisipi, Ohio, Tennessee.

⁶⁴³ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando. Alarma social y Derecho penal. En *este volumen*.

⁶⁴⁴ Generalmente cuando el abuso se ha cometido contra un menor de edad.

las 24 horas—; **b)** El mayor aseguramiento de la sociedad —o mejor dicho, de los bienes jurídicos de sus miembros— en vista de los efectos intimidatorios o desalentadores que el control telemático produciría sobre el sujeto telemáticamente vigilado —en este sentido, dado que éste sabría que sus movimientos son permanentemente vigilados y registrados, es improbable que decida delinquir nuevamente, pues tendría el conocimiento cierto, en primer lugar, de que no faltarían pruebas de cargo que indudablemente le incriminen y, en segundo lugar, de que será localizado y detenido donde quiera que se encuentre—; **c)** El aumento de las posibilidades de que el sujeto pueda efectivamente [re]adaptar su propio sistema de acción a las leyes constitutivas del orden social⁶⁴⁵, en vista de que podría gozar de todas las ventajas y beneficios que la vida en libertad puede conceder para la efectiva consecución de la reinserción en el seno de la sociedad que lo acoge; y, finalmente, **d)** La consecución [en su caso] de pruebas irrefutables de la comisión de un nuevo delito⁶⁴⁶ en vista de que, como lo hemos indicado anteriormente, éste es el único sistema capaz de asegurar o descartar la incriminación de la persona telemáticamente vigilada, pues permite determinar el lugar preciso donde aquella se encontraba en el momento en el que acaecieron los hechos delictivos—.

Siguiendo con la cuestión de los fines que se pretenden conseguir con la imposición de esta medida, es importante resaltar que un sector doctrinal ha señalado que con aquella se evita la comisión de nuevos delitos. Esta afirmación, sin embargo, no es del todo consistente pues, como hemos

⁶⁴⁵ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho, p. 993.

⁶⁴⁶ O, como se ha indicado, del incumplimiento de la obligación de permanecer o alejarse de determinado lugar.

señalado en los párrafos precedentes, aunque se tienda a ello, el control telemático no tiene carácter inocuizador sino más bien [únicamente] de control. En este sentido, no existe consenso en relación con la cuestión de si la vigilancia telemática ha permitido o no reducir la tasa de reincidencia de los delincuentes sometidos a tal medida⁶⁴⁷, aunque sí ha quedado claro que mediante el uso de esta tecnología se puede obtener pruebas irrefutables para la incriminación (o no) de una persona y, finalmente, facilitar la detención de la misma.

De otro lado, un aspecto sumamente importante en la discusión acerca del la imposición del control telemático a los delincuentes imputables peligrosos, es la constituida por la cuestión de su naturaleza jurídica. En efecto, de una lectura de la legislación norteamericana respecto de esta cuestión, se puede observar que no se tiene claro si dicho control constituye una pena o una medida de seguridad. No obstante, atendiendo a los fines que se pretenden conseguir mediante su imposición, podemos concluir que, de adoptarse esta respuesta en el sistema jurídico español, nos encontraríamos, sin lugar a dudas, ante una medida de seguridad aplicada en función de la peligrosidad⁶⁴⁸ de un sujeto imputable —dado que, por su carácter preventivo-especial, se impone con miras al aseguramiento de los bienes jurídicos más valiosos de los miembros de la sociedad⁶⁴⁹—.

⁶⁴⁷ Cfr. SHUTE, Stephen. *Satellite tracking of offenders: A study of the pilots in England and Wales*, p. 14.

⁶⁴⁸ Cfr. CÉRÉ, Jean-Paul. *As novas tecnologias a serviço do Direito Penal: Monitoramento eletrônico estático e móvel*, p. 93; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, *op. cit.*, pp. 18-20.6

⁶⁴⁹ Fundamental la obra de URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, *op. cit.*, pp. 3 y 4. Aunque dicho autor no comparte la

c) Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación del control telemático a los delincuentes imputables peligrosos

La cuestión de la viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación del control telemático a los delincuentes imputables peligrosos, en principio, nos remite al debate en torno a la dudosa legitimidad que tendría la aplicación de medidas de seguridad contra este tipo de delincuentes —pues se ha argumentado que, de hacerlo, se afectarían principios fundamentales del Derecho Penal tales como el de *proporcionalidad* o el de *nen bis in idem*—. Si bien la doctrina no se ha mostrado unánime respecto de esta cuestión⁶⁵⁰, la propuesta más plausible parece ser la defendida por el Prof. CEREZO MIR⁶⁵¹ quien sostiene que, teniendo siempre en cuenta la culpabilidad por el acto, la

idea, defendida aquí por nosotros, de la viabilidad constitucional y político criminal de la aplicación de medidas de seguridad a sujetos imputables peligrosos (p. 263). Véase también, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *op. cit.*, pp. 19-21.

⁶⁵⁰ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho, pp. 996-1000; CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, pp. 16-20; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*. Sexta edición, p. 41; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, III. Teoría jurídica del delito/2*. Cuarta reimpression, Madrid: TECNOS, 2004, pp. 174-175; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2006, pp. 49 y ss.; SANZ MORÁN, Ángel José. De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso, pp. 1100 y 1101; URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, pp. 211 y ss.

⁶⁵¹ Cfr. CEREZO MIR, José. Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal, pp. 16-20; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*. Sexta edición, p. 43.

imposición de una medida de seguridad no vulneraría el principio de proporcionalidad ni tampoco el principio *nem bis in idem*. En este sentido, con mucha razón CEREZO señala que las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no necesariamente tienen que ser proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad⁶⁵² puesta de manifiesto por los mismos y apoyada en un juicio de peligrosidad⁶⁵³ que ostente niveles de fiabilidad bastante aceptables⁶⁵⁴. Por otra parte, consideramos que el principio *nem bis in idem* tampoco sería afectado si tenemos en cuenta la diferencia existente entre los dos fundamentos de las consecuencias jurídicas del delito. En este sentido debemos recordar que la pena encuentra su medida y fundamento únicamente en la culpabilidad del autor, en tanto que la medida de seguridad encuentra el suyo en la peligrosidad del autor; por lo tanto si se estableciera la imposición consecutiva de penas y medidas en los supuestos en los que, en un mismo sujeto, concurren al mismo tiempo *culpabilidad* y *peligrosidad*, debemos tener presente el hecho de que ambas reacciones encuentran cobijo en dos aspectos completamente distintos (la pena en la culpabilidad y la medida, a su turno, en la peligrosidad), por lo que tendremos que concluir afirmando que el principio *nem bis in idem* no es vulnerado

⁶⁵² Cfr. CEREZO MIR, José. Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal, pp. 18-19; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*. Sexta edición, p. 43.

⁶⁵³ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, pp. 30-39; URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, pp. 70 – 78.

⁶⁵⁴ Señala también CEREZO que el margen de error en el pronóstico por sí mismo tampoco afecta a la proporcionalidad de la medida. Cfr. CEREZO MIR, José. Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal, p. 18.

mediante la aplicación de penas y, consecutivamente, medidas de seguridad cuando sean éstas impuestas a personas que poseen ambas características.

Asimismo, otra de las cuestiones que se ha planteado, en relación con la vigilancia telemática, es la relacionada con la posible vulneración del derecho a la intimidad⁶⁵⁵. Antes de pronunciarnos respecto de esta cuestión es necesario que recordemos que las diferentes tecnologías utilizadas para el control telemático son capaces obtener diferentes tipos y cantidades de información de la persona monitorizada, por lo que la cuestión de la eventual vulneración de la intimidad tendrá que matizarse teniendo en cuenta este dato. En este sentido, si tenemos en consideración que **a)** el contenido del derecho a la intimidad se encuentra íntimamente ligado con el respeto del secreto de las comunicaciones, de la inviolabilidad del domicilio y de otras intromisiones de carácter general en la intimidad personal y familiar del vigilado, y **b)** que el control mediante radio frecuencia permite únicamente conocer si la persona vigilada se encuentra donde debería estar —su domicilio en los supuestos de arresto domiciliario— o si se encuentra en un lugar al que tenía prohibido acercarse —el domicilio de la víctima en los supuestos de violencia de género—, entonces tendremos que afirmar que la vigilancia telemática mediante radio frecuencia difícilmente vulneraría el contenido de derecho a la intimidad⁶⁵⁶.

Sin embargo, mayores problemas presenta el análisis de esta cuestión en los supuestos en los que se utilice el sistema satelital (GPS) como medio de control. En efecto, dado que este sistema permite conocer y registrar, durante

⁶⁵⁵ Véase, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, *op. cit.*, pp. 28-29.

⁶⁵⁶ Cfr. VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, *op. cit.*, pp. 14-16.

las veinticuatro horas del día, todos los movimientos que la persona vigilada realice, podría en principio sostenerse que el uso de la monitorización satelital puede, efectivamente, vulnerar el derecho a la intimidad a la luz del contenido que le es propio y que analizamos en el párrafo anterior. No obstante, si planteamos la cuestión de la admisibilidad del control telemático tal y como lo haríamos si nos hallásemos frente a un estado de necesidad⁶⁵⁷ —y por ende resolviendo la cuestión mediante la ponderación de los intereses en juego—, tendríamos que colocar en un lado de la balanza la protección de uno de los ámbitos del derecho a la intimidad (pues está claro que el control satelital no vulnera la mayoría —o mejor dicho, no vulnera la totalidad— de los aspectos que forman parte del contenido del derecho a la intimidad), y en el otro los intereses de defensa social (en vista de los posibles efectos intimidatorios o desalentadores que la medida produciría sobre el sujeto monitorizado), así como el interés por la persecución efectiva de los delitos que vuelva a cometer (en el caso de que lo haga) y, finalmente, los intereses de carácter preventivo-especial que puedan conseguirse mediante la aplicación de esta medida (es decir, el brindarle al delincuente una nueva oportunidad para que consiga adaptar su sistema de acción a las leyes constitutivas del orden social⁶⁵⁸).

Si a lo dicho hasta aquí añadimos la idea de que necesariamente toda pena o medida de seguridad comporta la privación del goce y/o ejercicio de

⁶⁵⁷ Tal y como GRACIA MARTÍN lo hace respecto de la admisibilidad de la custodia de seguridad como respuesta penal para el tratamiento del delincuente imputable peligroso. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho, p. 997.

⁶⁵⁸ Así, REVIRIEGO PICÓN, Fernando / GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Las alternativas a la reclusión y la revolución telemática”, en *Diario La Ley*, Nº 7250, Sección Tribuna, 28 Septiembre de 2009, Año XXX, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es], pp. 5–7.

algunos derechos fundamentales —siempre en los términos que la ley establezca— sin afectar los principios fundamentales que informan al Estado de Derecho, no podemos negar que, de incorporarse esta medida de seguridad al sistema jurídico-penal español como parte del tratamiento del delincuente imputable peligroso, pocas objeciones cabría plantear respecto de su compatibilidad con la estructura dogmático-penal contemporánea y, fundamentalmente, con los ya mencionados principios que fundamentan la construcción de un Estado de Derecho libre, garantista y, principalmente, direccionado hacia la humanización del tratamiento penal dispensado —cuando corresponde— a sus ciudadanos.

d) Consideraciones específicas en relación con los problemas ético-jurídicos derivados del posible uso del control telemático desarrollado mediante la implantación del indicador en el interior del cuerpo del condenado

Como hemos visto, uno de los mecanismos por el que se podría ejecutar el control telemático del delincuente imputable peligroso es el que se lleva a cabo por medio de la introducción del indicador —en este caso, un chip de minúsculo tamaño— en el interior del cuerpo del condenado mediante el uso de una aguja que atraviese la piel o, en su caso, el músculo y que sirva de vía para depositar dicho dispositivo. En efecto, el hecho de que —a diferencia de lo que ocurre con el uso de pulseras o brazaletes electrónicos, en cuyo caso el indicador se fija fuera del cuerpo del condenado— el “método del chip” no pueda ser desarrollado sin que se haya consumado previamente una intervención invasiva en el ser humano ha dado lugar, con mucha razón, a que algunos autores cuestionen la legitimidad de dicha medida basándose,

fundamentalmente, en dos argumentos⁶⁵⁹ que tienen que ver, por una parte, con el hecho de que la ejecución de esta medida conllevaría a la afectación del derecho a la integridad física y, por otra, con que se estaría imponiendo una sanción que prevé la ejecución de un trato cruel, inhumano y/o degradante.

En este sentido, conviene recordar que existe total unanimidad doctrinal en relación con el tema del respeto al principio de autonomía —que, no olvidemos, constituye el fundamento del cual deriva la exigencia previa del consentimiento— en la aplicación de las nuevas tecnologías al ser humano, por lo que podríamos concluir con la idea de que si el condenado accede libre y voluntariamente a que se le introduzca el indicador en el interior de su cuerpo no sería válido ningún alegato —en contra de esta medida— que se fundamente en la vulneración del derecho a la integridad física pues, recordemos, ésta no es sino un bien jurídico de libre disposición⁶⁶⁰. Sin embargo, la discusión adquiere mayor dificultad en los supuestos en los que el sujeto se niegue a otorgar su consentimiento.

En esta línea de ideas, a simple vista podría parecer que la implantación *no consentida* del indicador en el interior del cuerpo de una persona, efectivamente, vulneraría el derecho a la integridad personal; no obstante, creemos que un análisis un poco más profundo de esta cuestión podría permitirnos concluir con la idea de que en algunos —excepcionales— supuestos, esta medida no implicaría el menoscabo de tal derecho.

⁶⁵⁹ Y ello sin contar con la discusión —desarrollada en el epígrafe anterior— sobre la posible afectación del derecho a la intimidad.

⁶⁶⁰ Sobre este punto, ampliamente, VIVES ANTÓN, Tomás / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 148 - 153.

En efecto, no está demás recordar que, al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho a la integridad personal no es un derecho absoluto y que, por ello, podría limitarse —siempre teniendo en cuenta el grado de afectación que pueda infligirse a quién padezca dicha limitación— en favor de un interés que posea, claramente, un valor superior. En este sentido, resulta interesante recordar que existen otros supuestos en los que se ha limitado el derecho a la integridad personal; tal es el caso, por ejemplo, de la aplicación obligatoria y esporádica de ciertas vacunas que, en correspondencia con el Principio de Precaución, tienen como objetivo la salvaguarda de la salud pública ante la amenaza de diversos tipos de enfermedades (algunas de ellas ni siquiera muy graves)⁶⁶¹. A lo dicho hasta aquí, evidentemente habría que añadir la idea de que una limitación de derechos de esta naturaleza tendría necesariamente que respetar ciertos parámetros y garantías de trascendental importancia para el Estado de Derecho; en este sentido, reviste especial importancia la cuestión del respeto a las exigencias derivadas del Principio de Proporcionalidad —claro está, entre los intereses que se pretenden salvaguardar y los que se limitan—. Así, algunos autores se han preocupado por discutir la cuestión de si es, efectivamente, proporcional el menoscabo causado a la integridad física de un delincuente peligroso —por medio de la implantación del indicador en el interior de su cuerpo— teniendo en cuenta los daños que este sujeto podría causar y que son, precisamente, los que se pretenden evitar por medio de tal medida. De esta forma, para abordar esta

⁶⁶¹ Otro supuesto, sería también el constituido por la esterilización forzosa de personas incapacitadas que adolezcan graves deficiencias psíquicas. En efecto, en estos supuestos se trataría de “hacer posible la satisfacción de la sexualidad de los incapacitados, arbitrando soluciones que eviten los riesgos de embarazo”; cfr. VIVES ANTÓN, Tomás / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 152 y 153.

cuestión debemos tener en cuenta que dicha intervención no consentida en el cuerpo del delincuente únicamente trae como consecuencia que el sujeto perciba una leve sensación de dolor (la derivada del pinchazo de la aguja que inserta el indicador en el interior de su cuerpo) y que ella, en la medida que encuentra su fundamento y límite en la peligrosidad del delincuente, se orienta a materializar una serie de fines preventivo especiales que, juntos o por separado, ostentarían mayor valor que esta *minúscula* intervención. Creemos que todas estas razones son suficientes para poder afirmar, con toda certeza, que una eventual adopción y legitimación dentro del sistema jurídico español de esta medida de ninguna forma colisionaría o afectaría el principio de proporcionalidad⁶⁶².

Por otro lado, tal y como habíamos señalado al inicio del presente epígrafe, una segunda objeción planteada a esta medida es la constituida por el argumento que señala que la legitimación en el Derecho positivo español del control telemático a través del uso de un indicador colocado en el interior del cuerpo humano como consecuencia de la peligrosidad del delincuente imputable no sería en puridad otra cosa que la imposición de una sanción que prevé la ejecución de un trato cruel, inhumano o, al menos, degradante —prohibidos todos ellos, como sabemos, por el artículo 15 de la Constitución española—, por lo que podría ser calificada como una medida inconstitucional.

No obstante, los defensores de dicho argumento no parecen tener en cuenta la verdadera magnitud del daño causado al ser humano sometido a esta medida. En efecto, si concebimos, tal y como lo hace la doctrina mayoritaria,

⁶⁶² Esta interpretación ha sido también defendida respecto de las intervenciones corporales obligatorias con fines de recolección de muestras biológicas destinadas a la identificación personal en el sistema penal por los profesores ROMEO CASABONA, Carlos María / ROMEO MALANDA, Sergio, *Los Identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, op. cit., pp. 81-87.

que un trato cruel o inhumano (conceptos que fueron pensados para definir y circunscribir la noción de “tortura”⁶⁶³) será aquel que inflija cruelmente al condenado dolores y padecimientos físicos o psíquicos de considerable intensidad o, al menos, incuantificables, entonces tendríamos necesariamente que llegar a la conclusión de que el leve e ínfimo dolor ocasionado por el pinchazo de una aguja que insertará un dispositivo del tamaño de un grano de arroz no puede ser concebido como un trato cruel o inhumano —del mismo modo que no son consideradas como tales las intervenciones invasivas mínimas tales como la inoculación obligatoria de vacunas en aras de la preservación de la salud pública—⁶⁶⁴.

Como habíamos indicado, también es frecuente la apelación a la idea de que si bien dicha medida no constituiría un trato cruel o inhumano, sí podría ser más bien considerada como una sanción degradante. Sin embargo, si tenemos en cuenta que para considerar que una sanción es, efectivamente, degradante, tendría ésta que propiciar la *humillación*, *desacreditación* o el

⁶⁶³ Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 224 y ss.

⁶⁶⁴ Conviene recordar que la proscripción de las penas crueles e inhumanas fue pensada para contener el ejercicio abusivo e irracional del *ius puniendi* heredado del *ancien regime* y practicado por Estados ora dictatoriales, ora carentes de un sistema democrático estable. En este sentido, como señala el Profesor CASTALDO, “ahora que, al menos para nosotros, el Estado de Derecho es sin duda irrevocable y la democracia está consolidada, después del oscuro paréntesis del nazismo, del fascismo, y las dictaduras comunistas, se trata de tomar consciencia, por una parte, que la emergencia ha cesado y, por otra, que los tiempos han cambiado” [...] “que el Código penal venga representado como un instrumento de tutela del delincuente, y que el sujeto pasivo represente un huésped indeseado y tratado con suficiencia en la mesa de la justicia, es jurídicamente errado y difícil de hacer comprender al ciudadano”. Cfr. CASTALDO, Andrea, “Tradición y obsolescencia en el Derecho Penal”, publicado en este volumen.

envilecimiento del condenado, por lo que para ello tendría dicha sanción que ser conocida o, al menos, visible para las personas que forman parte del círculo social del sujeto monitorizado⁶⁶⁵. Por esta razón, y teniendo en cuenta que debido a que la ubicación del indicador haría imposible que cualquier otra persona tome conocimiento de que el condenado es portador de dicho dispositivo y, mucho menos, de las razones por las cuales lo porta, creemos que esta medida difícilmente podría ser calificada de *degradante*⁶⁶⁶⁻⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, “Penas y vergüenza”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pp. 443 – 360.

⁶⁶⁶ Al igual que lo que ocurre con el control telemático realizado a través del uso de pulseras o brazaletes con apariencia de un reloj. Véase PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, “Penas y vergüenza”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pp. 443 – 360.

⁶⁶⁷ Por otra parte, es necesario recordar que no sería ajena a la discusión la coloquial comparación entre la implantación del indicador en el interior del cuerpo de los delincuentes peligrosos, con el chip que suele implantarse en algunas mascotas domésticas para su identificación. Al respecto, creemos que esta afirmación carece de consistencia dado que, por una parte, sacraliza de forma exagerada los intereses de los animales humanos y, por otra, infravalora el estatus de los animales no humanos. En efecto, si somos capaces de condenar al control telemático que utilice el sistema del chip en vista de que existe una tecnología similar que se utiliza para identificar a otros animales tendríamos entonces que llegar a la conclusión de que, por esta misma razón, también serían rechazables la pena privativa de libertad (esta con el añadido de que posee mayores costes ius-fundamentales) y la de trabajo en beneficio de la comunidad pues también existen establecimientos en los cuales se priva de su libertad a muchos animales (zoos) y en los que se les obliga a trabajar para el beneficio de algunos humanos (por ejemplo, en los circos). En este sentido, creemos que no existe ningún argumento medianamente fiable que nos permita sostener que las tecnologías que utilizamos con los demás animales no puedan ser utilizadas en los humanos —siempre, claro está, que no traigan consigo ciertos riesgos derivados de las diferencias biológicas entre las especies—; quién afirme lo contrario sin duda sería partidario de una ciega e insostenible sacralización de la vida e intereses humanos. Utilizamos el ejemplo de los animales no humanos a los que se les priva de la libertad y se les obliga a trabajar en

Para finalizar, creemos importante apuntar la idea de que, a pesar que el uso del control telemático desarrollado mediante la implantación del indicador en el interior del cuerpo del condenado podría, eventualmente, ser compatible con los principios y garantías analizadas, creemos que el recurso a esta tecnología, en la medida que afecta ciertos derechos e intereses jurídicamente protegidos, sería innecesaria en la medida de que en la actualidad contamos con otros medios e instrumentos que no precisan del desarrollo de una intervención corporal como la que se desarrollaría por medio de la implantación del indicador en el interior del cuerpo del condenado. En efecto, el recurso a las pulseras o brazaletes de control telemático tendría constituir la modalidad genérica de la imposición de esta medida, y sólo cuando el condenado lo solicite —y, por tanto, consienta— se podrá recurrir a la implantación corporal del chip de control.

3.3. Los registros especiales y la notificación a la comunidad

3.3.1. Los registros especiales y la notificación a la comunidad:

Pasado y presente

a) Origen de la medida

beneficio de los humanos con el propósito de ejemplificar la inconsistente analogía que se suele utilizar para rechazar el control telemático y no con la intención de afirmar que es éticamente correcto privar de la libertad y obligar a los animales no humanos a trabajar en beneficio de algunos seres humanos. Conviene anotar que hemos manifestado en otra oportunidad nuestra postura respecto del tema del estatus ético y jurídico de los animales no humanos. Cfr. ARMAZA ARMAZA, Emilio José, “Los animales y la Biotecnología, Aportes al debate de carácter ético-jurídico”, en *Libro de Ponencias y Comunicaciones del V Congreso Mundial de Bioética*, MARCELO PALACIOS (Editor), Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), Gijón, 2007, pp. 183-185.

El origen de esta respuesta penal —que establece un registro de delincuentes sexuales y un sistema de notificación a la comunidad—, según algunos autores⁶⁶⁸ se remonta a la época de las colonias americanas en donde se empleaban carteles o marcas sobre el cuerpo del delincuente que lo identificaban como tal, o bien se lo situaba encadenado en un lugar público para que la comunidad se enterase de su existencia.

Sin embargo, fue sólo en 1947 que en el estado de California (EEUU) se creó un registro de delincuentes sexuales⁶⁶⁹. Más recientemente, en 1990, el estado de Washington sancionó la Ley de Protección a la Comunidad (*Community Protection Act*), que incluía entre sus disposiciones la notificación a la comunidad sobre la existencia de un delincuente sexual⁶⁷⁰.

Posteriormente, en el año 1994 el estado de New Jersey sancionó las denominadas Leyes sobre el registro y Notificación a la Comunidad (*Registration and Community Notification Laws*), comúnmente conocida como “Ley Megan” (*Megan`s Law*). Esta ley tuvo su origen, precisamente, por una niña de siete años de edad, llamada Megan Kanka, quien padeció una violenta agresión sexual y muerte por parte del ciudadano multireincidente Jesse Timmerdeguas⁶⁷¹. Este hecho, ocurrido el 29 de julio de 1994, fue el punto de inflexión que posibilitó la articulación de esta norma, actualmente vigente en

⁶⁶⁸ RATCHFORD, Mónica, “Community notification of sex offenders”, disponible en <http://www.angelfire.com/ky/criminaljustice/meganlaw.html>

⁶⁶⁹ FREEMAN-LONGO, Robert E., “Revisiting Megan’s Law and sex offender registration: prevention or problem”, disponible en <http://www.appa-net.org>, 2004, p. 2.

⁶⁷⁰ FREEMAN-LONGO, Robert E., “Revisiting Megan’s Law and sex offender registration: prevention or problem”, ob. cit., p. 2.

⁶⁷¹ Véase el tratamiento que le ha dado al caso la agencia atípica de la moral: www.casa-alianza.org

los 50 estados de los Estados Unidos de América, con sus diferentes matices debido a que en el sistema federal norteamericano la competencia para legislar en materia penal corresponde a cada estado que conforma la federación. Sin embargo, no es el primer antecedente legislativo en el Derecho estadounidense, ya que la Ley Megan reformó la llamada ley “Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Program” de 1994⁶⁷².

Asimismo, existe legislación al respecto en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, que se adhirió a la Ley Megan⁶⁷³ por ser esta actualmente la ley federal estadounidense.

De otro lado, se ha acogido también a este sistema el Reino Unido, a través de la denominada Sex Offenders Act de 1997 (Sarah’s law), cuyo origen es de similares características a la Ley Megan. Huelga decir que esta ley tiene plena vigencia en todos los estados integrantes del Reino Unido (Escocia, Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte)⁶⁷⁴. Por último, debemos destacar que existe un proyecto de ley en Canadá, denominado *Christopher’s Law*, que de ser aprobado incorporará el sistema al Derecho Penal canadiense⁶⁷⁵.

⁶⁷² Marrero Avilés, Luis, “El registro de personas convictas por delitos sexuales y violentos: ¿un castigo cruel e inusitado o un avance en la lucha contra el crimen?” en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, vol. 38, p. 422.

⁶⁷³ A través de la Ley N° 28 (01/07/1997) sobre personas convictas por delitos sexuales; modificada por la Ley 270 de agosto de 1999. Véase, www.jlbp.gov.pr

⁶⁷⁴ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, ob. cit., pp. 11 y 12.

⁶⁷⁵ GARCÍA ALBERO, Ramón, “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, op. cit., p. 135.

b) Aproximación conceptual

Tal y como apuntamos anteriormente, estas leyes prevén un sistema de registro y notificación a la comunidad sobre la existencia de delincuentes sexuales. De esta forma, se trataría de que aquellas personas condenadas por delitos sexuales sean inscritas en un Registro especial donde se consignan todos sus datos personales, delitos por los que fueron condenados y, sobre todo, el *domicilio actual* del condenado⁶⁷⁶.

c) Funcionamiento

Este sistema funciona obligando al delincuente sexual a inscribirse en el Registro antes de haber cumplido la pena privativa de libertad correspondiente o, en su caso, antes de que pueda obtener la libertad condicional u otros beneficios penales que le permitan salir de prisión. El incumplimiento de esta obligación, al menos en los términos planteados en la legislación norteamericana, haría que el delincuente incurra en un nuevo delito autónomo.

Con posterioridad al registro del delincuente sexual, se procede a notificar a los organismos encargados de la seguridad sobre su existencia y domicilio. Dicha notificación se amplía a toda institución educativa cercana al domicilio previamente señalado por el delincuente sexual y, únicamente en casos extremos, se procede a la notificación a la comunidad en general.

A su turno, las personas que se benefician con la divulgación de los datos procedentes de la notificación, deben cumplir con ciertas obligaciones a

⁶⁷⁶ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, ob. cit., p. 11.

los fines de resguardar debidamente los derechos fundamentales del condenado. La divulgación por medios o a personas indebidas o no autorizadas acarrea para ellas ciertas consecuencias jurídico-penales.

No obstante, el registro y sistema de notificación a la comunidad se presenta en los demás estados norteamericanos con algunos matices y, a veces, con curiosas regulaciones que merecen ser aquí destacadas. Así, por ejemplo, Alabama, Arizona, California, Delaware y Florida obligan a que los datos personales del ofensor sexual consten en el registro de por vida⁶⁷⁷; en Minnesota, Arkansas, Illinois y Ohio sólo durarán diez años⁶⁷⁸, y en otros estados como Maine y Virginia, quince años⁶⁷⁹. En cuanto a la forma que tiene la comunidad en general de acceder al conocimiento de la existencia de un delincuente sexual, California en un principio implementó un servicio de información telefónico⁶⁸⁰ para conocer información precisa sobre el domicilio de los delincuentes sexuales residentes en su comunidad; por otra parte, estados como Louisiana obligan al propio condenado, a su costa y cargo, a que envíe cartas a sus vecinos haciéndoles saber de su existencia, y Oregon simplifica la cuestión obligando al condenado a colgar un cartel visible en el

⁶⁷⁷ KUNZ, Carol L., "Toward dispassionate, effective control of sexual offenders" en *The American University Law Review*, vol. 47:453, 1997, pp. 458 y 459; MARTINEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales. Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni ediciones, Córdoba – Argentina, 2007, p. 125.

⁶⁷⁸ KUNZ, Carol L., "Toward dispassionate, effective control of sexual offenders", ob. cit., p. 459.

⁶⁷⁹ KUNZ, Carol L., "Toward dispassionate, effective control of sexual offenders", ob. cit., p. 460; MARTINEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales. Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni ediciones, Córdoba – Argentina, 2007, p. 125.

⁶⁸⁰ Bastaba con marcar el número 900 para acceder a la información.

exterior de su domicilio con la frase “Residencia de un delincuente sexual”⁶⁸¹. No obstante, con la expansión del uso de las nuevas tecnologías, en la actualidad los estados que han incorporado esta medida de seguridad, han implementado un portal en internet para que cualquier ciudadano pueda acceder a dicha información⁶⁸².

3.3.2. Los registros especiales y la notificación a la comunidad como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso

Como hemos señalado, en la actualidad este sistema se ha extendido por casi la totalidad de los estados que forman parte de los Estados Unidos de Norteamérica, y se ha generalizado el modelo de clasificar a los delincuentes peligrosos en tres niveles según el grado de su peligrosidad para proceder a la comunicación pública. El principio rector es éste: cuanto más peligroso sea el delincuente, mayor es el número de destinatarios de la información. Así, respecto de un delincuente clasificado en el nivel I (riesgo moderado), sólo las autoridades públicas pueden tener acceso a la información. En el nivel II

⁶⁸¹ *Sexual Offender's Residence*.

⁶⁸² Sólo por citar un ejemplo, en el portal de información *on line* del Estado de California (<http://meganslaw.ca.gov>) se indica que “Como resultado de una nueva ley, este sitio le proporcionará acceso a información sobre más de 63,000 personas a quienes se les exige que se inscriban en California como delincuentes sexuales. Aquí encontrará los domicilios específicos de más de 33,500 delincuentes en las comunidades de California; el sitio muestra la última dirección reportada por estos delincuentes. Se han incluido otros 30,500 delincuentes en el sitio que aparecen en la lista por código postal, ciudad y condado. La información sobre otros aproximadamente 22,000 delincuentes no se ha incluido en este sitio, pero el personal del orden público la sabe”. Cfr. MARTINEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales. Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni ediciones, Córdoba – Argentina, 2007, p. 125.

(riesgo medio), en cambio, cualquier organización de interés general puede informarse sobre el delincuente. Finalmente, todos los ciudadanos tienen derecho a recibir información sobre delincuentes clasificados en el nivel III (riesgo elevado). En la Europa continental el mecanismo de los registros públicos o de otras reacciones similares (las llamadas “penas o medidas vergonzantes o humillantes”) carece de presencia en la actualidad⁶⁸³.

3.3.3. Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación de la medida

La jurisprudencia estadounidense es unánime en sostener la constitucionalidad del registro y régimen de notificaciones a la comunidad. Sin embargo, no han sido ajenas a la discusión algunas críticas en relación con algunos de los principios y derechos fundamentales ya analizados a lo largo del presente trabajo de investigación.

La cuestión de la viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación de los registros y notificación a la comunidad de los delincuentes imputables peligrosos nos remite, al igual que en los demás supuestos, al debate en torno a la dudosa legitimidad que tendría la aplicación de medidas de seguridad contra este tipo de delincuentes. Como es de suponerse, no entraremos de nuevo en esta cuestión en vista de que la hemos tratado con detenimiento en otro momento.

Sin embargo, el recurso a los registros y notificación a la comunidad de delincuente sexuales peligrosos sin duda se presenta como una respuesta que en mayor o menor medida afecta al derecho a la intimidad. En efecto, no se

⁶⁸³ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, “*Sexual Predators*’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, ob. cit., p. 12.

puede negar que la revelación a la comunidad de ciertos datos de carácter personal representa para el condenado una carga impuesta en razón de la peligrosidad criminal que porta. Nótese que, al igual que lo sucedido con el control telemático, el recurso a los registros de delincuentes sexuales, puede presentar distintos niveles de afectación al derecho a la intimidad, dependiendo de las personas a las cuales se extienda la información. En este sentido, si tenemos en consideración que **a)** el contenido del derecho a la intimidad se encuentra íntimamente ligado con el respeto del secreto de las comunicaciones, de la inviolabilidad del domicilio y de otras intromisiones de carácter general en la intimidad personal y familiar del vigilado⁶⁸⁴, y **b)** que el registro de delincuentes, cuya información sólo sea conocida por personal judicial y policial, tendremos que concluir con la idea de que, mediante la imposición de esta medida a un delincuente clasificado dentro del mencionado Nivel 1 (riesgo moderado) difícilmente vulneraría el contenido de derecho a la intimidad⁶⁸⁵.

Sin embargo, mayores problemas presenta el análisis de esta cuestión en los supuestos en los que se imponga la medida a delincuentes peligrosos de Nivel 2 y 3, pues recordemos que en estos supuestos, la información podrá extenderse a personas ajenas al aparato judicial (asociaciones civiles interesadas en el problema e, incluso, la misma comunidad). No obstante, si planteamos la cuestión de la admisibilidad de registro y notificación a la comunidad tal y como lo haríamos si nos hallásemos frente a un estado de

⁶⁸⁴ MARTINEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales. Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni ediciones, Córdoba – Argentina, 2007, p. 147.

⁶⁸⁵ MARTINEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales. Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni ediciones, Córdoba – Argentina, 2007, p. 148.

necesidad⁶⁸⁶ —ponderación que ya apuntábamos al tratar la cuestión de la admisibilidad del control telemático y de la custodia de seguridad—, tendríamos que colocar en un lado de la balanza la protección del derecho a la intimidad, y en el otro los intereses de defensa social, así como el interés por la persecución efectiva de los delitos que vuelva a cometer (en el caso de que lo haga) y, finalmente, los intereses de carácter preventivo-especial que puedan conseguirse mediante la aplicación de esta medida (es decir, el brindarle al delincuente una nueva oportunidad para que consiga adaptar su sistema de acción a las leyes constitutivas del orden social).

Sin embargo, conviene resaltar que, a pesar parece compatible con los principios y derechos mencionados en los párrafos precedentes, el recurso al sistema del registro y notificación a la comunidad constituye una medida de seguridad rechazable por otras tantas razones.

En primer lugar, porque, sin duda, constituye una respuesta alarmante y, al mismo tiempo, humillante⁶⁸⁷. En efecto, en el capítulo II de la presente investigación habíamos analizado los inconvenientes que presenta la presión de los ciudadanos para resolver el problema del tratamiento penal del

⁶⁸⁶ Tal y como GRACIA MARTÍN lo hace respecto de la admisibilidad de la custodia de seguridad como respuesta penal para el tratamiento del delincuente imputable peligroso. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho, p. 997; también, MARTINEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales. Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni ediciones, Córdoba – Argentina, 2007, p. 134.

⁶⁸⁷ Con detalle, PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, “Penas y vergüenza”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pp. 443 – 360. Véase también el artículo de los Profesores DE LA MATA BARRANCO, Norberto / PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal”, en *Revista penal*, Núm. 15, Editorial Praxis, Barcelona, 2005, pp. 8-45.

delincuente imputable peligroso cuando se manifiestan condicionados por la alarma social existente en un momento determinado. Este hecho, no sólo trae como consecuencia la estructuración de respuestas penales (penas o medidas de seguridad) poco o nada adecuadas para tratar la peligrosidad revelada por esta clase de delincuentes, sino que además es capaz de sumir a la comunidad entera en un estado de pánico que en no pocas ocasiones concluirá con actos de venganza en contra del propio condenado. De esta forma, la medida de seguridad del registro y notificación a la comunidad se presenta como una medida disfuncional para el Derecho Penal, pues no presta las garantías necesarias para la efectiva protección de la integridad física/psicológica e, incluso, la vida de los ciudadanos sometidos a ella.

En segundo lugar porque dicha medida vulnera claramente el *principio de adecuación a un fin determinado*. En efecto, como sabemos, la exigencia de que toda medida de seguridad deba estar orientada a la consecución de ciertos fines preventivo-especiales (sean estos terapéuticos o inocuidadores) constituye una exigencia que deriva del respeto al principio de proporcionalidad. De esta forma, como señala URRUELA MORA, “La adecuación a fin (o idoneidad) de la medida, entendida como aptitud para la consecución de los fines a los que se dirige resulta una exigencia de nuestro modelo de medidas de seguridad y reinserción social. En este sentido, si el fundamento de aquellas lo constituye la peligrosidad criminal del sujeto debe exigirse que la(s) medida(s) impuesta(s) resulte(n) apta(s) para la intervención sobre la misma, permitiendo la salvaguarda de la colectividad social frente al sujeto peligroso”⁶⁸⁸. Sin embargo, el recurso a los registros y comunicación a

⁶⁸⁸ Cfr. URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, pp. 133 y 134; MARTINEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales. Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni ediciones, Córdoba – Argentina, 2007, p. 137.

la comunidad, sin duda no persigue (al menos *de facto*) ninguno de estos dos fines. Esta idea ya ha sido sostenida por la doctrina que se ha ocupado del tema, como por ejemplo Carol KUNZ, quien sostiene que “la finalidad de estas leyes es la de proveer información suficiente a las autoridades para localizar a un ofensor, para el caso de que se cometa un delito sexual en el área de su residencia”⁶⁸⁹. Hecha esta aclaración, todo parece indicar que el recurso a esta medida como respuesta penal para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso carece de sentido en razón de que los efectos perseguidos por la misma parecen no adecuarse a ninguno de los fines que toda medida de seguridad debe perseguir.

3.4. Castración química

3.4.1. Castración química: Pasado y presente

Como veremos en su momento, en la actualidad algunos sistemas penales del occidente han incorporado a su catálogo de medidas de seguridad la respuesta penal conocida con el nombre de “castración química”⁶⁹⁰. Sin embargo, y aunque esta respuesta no proviene de larga data, su origen se remonta a principios del siglo pasado⁶⁹¹. Veamos, pues, cuál fue el origen de esta popular respuesta penal.

⁶⁸⁹ KUNZ, Carol L., “Toward dispassionate, effective control of sexual offenders”, ob. cit., p. 459.

⁶⁹⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, ob. cit., pp. 8 – 11.

⁶⁹¹ SCOTT, Charles L. / HOLMBERG, Trent, “Castration of Sex Offernders: Prosioners’ Rights Versus Public Safety”, en *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Num. 31:502-9, 2003, pp. 502 – 507; HELM SPALDING, Larry, “Chemical castration: a

a) Origen de la castración química

Sabido es que algunos sistemas penales del medio evo tenían prevista la pena de castración como respuesta, principalmente, para los delincuentes sexuales de la época. Como es obvio, en aquel entonces la castración se desarrollaba mediante la mutilación física o mediante el simple cercenamiento del aparato genital del condenado; no obstante, a finales del siglo XVIII y a lo largo del XIX, como consecuencia del movimiento de humanización de las penas, se erradicó de los sistemas penales tanto ésta como las demás penas corporales previstas en los ordenamientos jurídicos de antaño⁶⁹².

Sin embargo, a principios del siglo XX estalla nuevamente el debate sobre la conveniencia de la inclusión de la castración como respuesta a penal para delincuentes sexuales. Obviamente, para principios del mencionado siglo ya nadie se planteaba la posibilidad de recuperar la vieja pena de castración — que, recordemos, implicaba la mutilación violenta del aparato reproductor—, sino que se empezó a deliberar sobre la posibilidad de incorporar al sistema

return to the dark ages”, en American Civil Liberties Union of Florida, disponible en www.aclufl.org.

⁶⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco, “La esterilización de deficientes psíquicos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 julio 1994”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, num.2, Bilbao, 1995, pp. 185 y s.; ROPERO CARRASCO, Julia, “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 6, 2001, pp. 1393-1410; HERRERA MORENO, “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho penal*, núm. 5, 2002, pp. 49-86; KAPLAN MARCUSÁN, Adriana, “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”, en Francisco Javier de Lucas Martín, *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, VI-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 197-216

penal una forma de castración incruenta, desarrollada por medio de la aplicación de determinados fármacos⁶⁹³.

Así, en 1909 se introduce en California⁶⁹⁴ como medida penal contra los dobles reincidentes en el delito de violación, violadores de niñas menores de diez años e incluso para los terceros reincidentes de cualquier delito, y también con el mismo carácter penal se introduce después en los Estados de Washington y Nebraska⁶⁹⁵, así como en Canadá, en el Estado mexicano de Veracruz, en Islandia y en la Alemania nazi contra los delincuentes peligrosos contra las costumbres⁶⁹⁶.

⁶⁹³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm., 738, 2007, pp. 1-8; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Castración”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, p. 120.

⁶⁹⁴ HELM SPALDING, Larry, “Chemical castration: a return to the dark ages”, en American Civil Liberties Union of Florida, disponible en www.acluf.org; MARTIN SCHMUCKER, Martin / LOSEL, Friedrich, “Does sexual offender treatment work? A systematic review of outcome evaluations”, en *Psicothema*, Vol. 20, nº 1, 2008, pp. 10-19; PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, “Delitos sexuales y castración química: Anteproyecto de reforma del código penal de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 68, 2010, VILAJOSANA RUBIO, Josep María, “Castración química y determinismo / Chemical castration and determinism”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 31, 2008, pp. 485-508.

⁶⁹⁵ SCOTT, Charles L. / HOLMBERG, Trent, “Castration of Sex Offernders: Prosonian Rights Versus Public Safety”, en *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Num. 31:502-9, 2003, pp. 502 – 507; HELM SPALDING, Larry, “Chemical castration: a return to the dark ages”, en American Civil Liberties Union of Florida, disponible en www.acluf.org.

⁶⁹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis, “Castración”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 331-339, GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La castración química para pedófilos: un problema

Sin embargo, como señala el Profesor GRACIA MARTÍN, con la caída del Estado nazi alemán, la castración desaparece de nuevo de los sistemas penales, pues el Consejo de Control aliado de 30 de enero de 1946 declara al precepto del Código penal alemán que la establecía incompatible con los principios elementales de la civilización democrática occidental⁶⁹⁷.

b) Aproximación conceptual

No debemos perder de vista que el término “castración química” tiene un contenido diferente que el que posee la palabra “castración”. En efecto, ésta —es decir, la castración— ha sido definida como la ablación o destrucción de las glándulas sexuales tanto en el varón como en la mujer; su concepto está estrechamente ligado a la idea de la extirpación o destrucción de los testículos de un varón (orquiectomía) o de los ovarios femeninos (ovariectomía u ooferoctomía)⁶⁹⁸. De esta forma, una consecuencia inexorable de la ésta práctica es la esterilización de la persona castrada⁶⁹⁹.

Sin embargo, la denominada “castración química” presenta un contenido diferente, pues mediante su aplicación no se materializa ningún tipo

ético y penológico”, ob. cit., p. 3.; ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, ob. cit., p. 8.

⁶⁹⁷ GRACIA MARTÍN, Luis, “Castración”, op. cit., pp. 331 – 339. Véase también, MUÑOZ CONDE, Francisco, “La esterilización de deficientes psíquicos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 julio 1994”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, num.2, Bilbao, 1995, p. 185 y ss.

⁶⁹⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Castración”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, p. 265.

⁶⁹⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Castración”, ob. cit., p. 266; HELM SPALDING, Larry, “Chemical castration: a return to the dark ages”, ob. cit.

de mutilación, extirpación o destrucción de los órganos sexuales humanos sino que, más bien, se despliega todo un proceso destinado al control de emisión hormonal⁷⁰⁰.

c) Procedimiento utilizado

La castración química consiste, fundamentalmente, en la aplicación (a un varón) de una inyección que contiene una hormona sintética femenina denominada depoprovera, que está compuesta de acetato de medroxyprogesterona, aunque también se han llevado a cabo experiencias con fármacos de características y efectos similares. La hormona inoculada cumple sus efectos en el sistema nervioso del individuo al bloquear la producción de la hormona masculina —la testosterona— en los testículos⁷⁰¹. De esta forma, se produce una clara disminución, tanto de la intensidad como de la frecuencia en la que se manifiesta el apetito sexual del sujeto, impidiendo la irrigación de sangre al pene, la eyaculación y, finalmente, el orgasmo.

Entre las ventajas señaladas de la aplicación de este tratamiento, la doctrina ha hecho especial hincapié en su carácter temporal. En efecto, los efectos de la inoculación de la hormona suelen desaparecer aproximadamente a los seis meses de su administración.

En relación con las consecuencias o efectos de dicho fármaco se ha señalado que puede producir graves efectos secundarios tanto físicos como

⁷⁰⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, ob. cit., p. 8.

⁷⁰¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, ob. cit., p. 9; GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico”, ob. cit., p. 4.

psicológicos en el individuo sometido a la medida. Entre estos efectos cabe mencionar: diabetes, depresión, disnea, trombosis, flebitis e hipertensión, así como también una disminución y pérdida de vello facial y corporal, una redistribución de grasa en el cuerpo y el desarrollo por el varón de características femeninas⁷⁰².

3.4.2. La castración química como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso

Sabido es que en la actualidad la castración como medida de seguridad aplicable a delincuentes sexuales peligrosos, se encuentra de nuevo en el centro del debate político y jurídico. Los sistemas que en Derecho comparado han incorporado la posibilidad de recurrir a la aplicación de esta medida pueden agruparse en dos bloques: a) aquellos que han previsto que la castración química puede ser aplicada siempre y cuando se cuente con el consentimiento del condenado (por ejemplo, Alemania desde 1969 y Suecia desde 1993) y b) Aquellos en los que el sometimiento a dicho tratamiento de reducción hormonal reversible constituye un requisito obligatorio para que los condenados puedan acceder a ciertos beneficios penales tales como la libertad condicional (v. gr. California desde 1996 y Florida desde 1997), el sometimiento a la castración química es requisito obligatorio para que los condenados puedan acceder a ciertos beneficios penales (en concreto al beneficio de la libertad condicional).

⁷⁰² Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, "Castración", en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 331 – 339; TORIO LÓPEZ, Angel, "La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes", *Revista Poder Judicial*, 2ª época, núm. 4, diciembre de 1986, pp. 69-82; HELM SPALDING, Larry, "Chemical castration: a return to the dark ages", ob. cit.

En el ámbito Iberoamericano, existen propuestas favorables para su inclusión al sistema penal en algunos países como México, Chile y Perú. Sin embargo España ha dado un importante —e inesperado— paso en relación con esta medida al incorporar a su sistema jurídico —a través de la reciente Reforma Penal del 2010— la posibilidad de recurrir a ella como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. Debido a las importantes particularidades de la regulación que ha incorporado esta medida al ordenamiento español, hemos analizado con detenimiento esta novedosa medida en un epígrafe anterior de este Capítulo [Véase Epígrafe 2.2.2.d)].

3.4.3. Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación de la medida

Como sabemos, la posibilidad de incorporar la medida de seguridad de castración química al ordenamiento jurídico español ha sido cuestionada con insistencia por la doctrina más autorizada⁷⁰³. En efecto, creemos que en un primer punto de conflicto con los principios y garantías penales se encuentra en la patente vulneración del principio de proporcionalidad, pues la afectación a ciertos derechos fundamentales (principalmente los relacionados con la integridad física y psíquica del condenado en vista de los efectos secundarios

⁷⁰³ Así, GRACIA MARTÍN, Luis, “Castración”, op. cit., pp. 331-339; MUÑOZ CONDE, Francisco, “La esterilización de deficientes psíquicos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 julio 1994”, ob. cit., p. 186; GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm., 738, 2007, pp. 1-8; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Castración”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, p. 120.

producidos por el fármaco administrado) resulta claramente mayor que la *eventual* inocuización de la peligrosidad criminal del condenado⁷⁰⁴.

Así, es importante resaltar que la eficacia de la castración química para el tratamiento de la peligrosidad criminal del delincuente ha sido altamente cuestionada debido no sólo a que la explosión del instinto sexual únicamente en un reducido número de casos tiene su causa principal en la producción hormonal⁷⁰⁵, sino porque aun en estos casos la efectividad está condicionada a una correcta y periódica administración del tratamiento⁷⁰⁶. Por otro parte, es importante resaltar que en muchos casos en los que la explosión del instinto sexual no se encuentra condicionada por la producción hormonal, el tratamiento ha dado lugar a que el individuo tratado haya sustituido el miembro viril por objetos y, por lo tanto, haya actuado con mayor crueldad

⁷⁰⁴ SCOTT, Charles L. / HOLMBERG, Trent, "Castration of Sex Offernders: Prosonian Rights Versus Public Safety", ob. cit., pp. 502 – 507; GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, "La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico", ob. cit., p. 4.

⁷⁰⁵ En efecto, como señala la doctrina más autorizada, los resultados de la castración química al parecer son altamente efectivos cuando se aplica la medida con el fin de tratar la peligrosidad derivada de las parafilias (por ejemplo, la pedofilia). Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, "La esterilización de deficientes psíquicos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 julio 1994", ob. cit., p. 186; ROBLES PLANAS, Ricardo, "'Sexual Predators'. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad", ob. cit., p. 8. Véase sobre el diverso origen de la peligrosidad, SANJUAN ARIAS, Julio, "Agresiones adaptativas y anómalas", en *Anuario Metode*, Universidad de Valencia, 2007, pp. 128 – 137; LUENGO, Ana / BROTONS, Olga / LORENTE, Ester / HERRERO, Neus / AGUILAR, Eduardo / ESCARTI, María José / GONZÁLEZ, José Carlos / LEAL, Carmen / SANJUAN, Julio, "Respuesta emocional ante estímulos amenazantes en psicosis y trastornos de ansiedad", en *Psicothema*, vol. 21, núm. 1, 2009, pp. 51 – 56, disponible en www.psicothema.com

⁷⁰⁶ GRACIA MARTÍN, Luis, "Castración", op. cit., pp. 331-339.

sobre la víctima⁷⁰⁷. Este dato sin duda nos lleva a la conclusión de que una eventual incorporación de esta medida, en muchos supuestos vulneraría el ya mencionado *principio de adecuación a fin*, fundamental, como vimos, para la correcta estructuración de toda medida de seguridad⁷⁰⁸.

No obstante, al margen de esta apreciación, la utilización de la castración química como consecuencia penal coactiva y forzosa, esto es, ya sea como medida de seguridad principal, accesoria o sustitutiva de otra, o como condición necesaria para la obtención de ciertos beneficios penales o penitenciarios, debe rechazarse por su carácter atentatorio contra la dignidad y los derechos humanos⁷⁰⁹. Como hemos señalado, la aplicación de la castración química tiene consecuencias secundarias de especial gravedad para la integridad física del condenado así como una alteración —a veces muy grave— de la personalidad del individuo. Nótese que el hecho de que dicho tratamiento no implique en modo alguno la mutilación física del condenado, aun sigue representando una intervención invasiva en el ser humano⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico”, ob. cit., p. 6; HELM SPALDING, Larry, “Chemical castration: a return to the dark ages”, ob. cit.

⁷⁰⁸ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco, “La esterilización de deficientes psíquicos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 julio 1994”, ob. cit., p. 186.

⁷⁰⁹ GRACIA MARTÍN, Luis, “Castración”, op. cit., p. 339; TORIO LÓPEZ, Angel, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Revista Poder Judicial*, 2ª época, núm. 4, diciembre de 1986, pp. 69-82.

⁷¹⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, “Castración”, op. cit., p. 339; SCOTT, Charles L. / HOLMBERG, Trent, “Castration of Sex Offernders: Prosoners’ Rights Versus Public Safety”, ob. cit., pp. 502 – 507; TORIO LÓPEZ, Angel, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., pp. 73-75.

Como señala el Prof. GRACIA, en cualquier caso, toda modalidad coactiva de aplicación de la castración química debe ser considerada como contraria a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, hecho en Oviedo el 7 de abril de 1997, pues, como sabemos, su artículo 1.º obliga a los Estados parte a proteger al ser humano en su dignidad e identidad y a garantizar a toda persona el respeto a su integridad y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la Medicina. Asimismo, el artículo 2.º de dicho Convenio otorga primacía al interés del ser humano sobre los intereses de la sociedad, y su artículo 5.º establece el consentimiento libre e informado de la persona interesada como condición de toda intervención médica⁷¹¹.

En consecuencia, creemos que la única posibilidad que ha de quedar disponible para permitir la introducción de la castración química en el ordenamiento jurídico español como parte del tratamiento penal para el delincuente peligroso pasa por dos etapas claramente diferentes:

a) La comprobación de la idoneidad del medio para la consecución de los fines de prevención especial. Lo cual implica que se realice una serie de evaluaciones médicas y psicológicas a fin de determinar si la causa de su

⁷¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis, "Castración", op. cit., p. 339. En sentido similar, aunque partiendo del tema de la mutilación genital femenina: HERRERA MORENO, "Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina", *Revista de Derecho penal*, núm. 5, 2002, pp. 49-86; KAPLAN MARCUSÁN, Adriana, "Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género", en Francisco Javier de Lucas Martín, *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, VI-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 197-216; ROPERÓ CARRASCO, Julia, "El Derecho penal ante la mutilación genital femenina", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 6, 2001, pp. 1393-1410

peligrosidad reside en una producción patológica de testosterona (lo cual indicaría que nos encontramos frente a un delincuente inimputable o, al menos, semiimputable) y,

b) Que dicho tratamiento sea ofrecido —no impuesto— como medio para la reincorporación del condenado al quehacer social. De aceptar el condenado la aplicación de esta medida, tendría que ser llevada a cabo de forma controlada y protocolizada con plena observancia de las garantías legales para la protección de la dignidad y los derechos humanos en el ámbito de las prácticas médicas y sanitarias⁷¹².

3.5. Psicocirugía

3.5.1. Psicocirugía: Pasado y presente

La llamada psicocirugía constituye una técnica que ha sido convencionalmente utilizada para el tratamiento de algunas enfermedades psiquiátricas sobre las que los métodos farmacológicos y psicoterapéuticos no han tenido éxito⁷¹³. En consecuencia, su aplicación, al menos en el ámbito penal, ha estado dirigida, principalmente, a sujetos inimputables que padecían de ciertos trastornos que les hacía proclives a la violencia (agresividad irreductible) contra sí mismos, o contra terceros⁷¹⁴. No obstante, es importante señalar que el principal ámbito de aplicación de esta medida ha estado

⁷¹² GRACIA MARTÍN, Luis, “Castración”, op. cit., p. 339.

⁷¹³ Cfr. QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, “Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año VI, Núm. 58, Enero – 1950, pp. 5 y 6.

⁷¹⁴ Así lo apuntaba ya, QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, “Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía”, op. cit., p. 7.

constituido por personas que, si bien padecen trastornos de la personalidad, no han cometido delitos derivados de su situación mental.

Este hecho nos hace ver que la posibilidad de regular su imposición a personas que, a pesar de ser portadoras de peligrosidad criminal, son plenamente responsables por sus actos (esto es, delincuentes imputables peligrosos), al menos en la doctrina que versa sobre la materia, constituiría una propuesta de particular novedad. Veamos, pues, algunos datos respecto de la psicocirugía que nos permitirán reflexionar sobre la viabilidad constitucional y político-criminal de la introducción de esta medida como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso.

a) Origen de la psicocirugía

Tal vez los primeros intentos de modificación quirúrgica de la “psique” se presentaron durante el periodo neolítico, aproximadamente 3500 años a.c. Las primeras trepanaciones tenían muy probablemente un significado mágico religioso y, posiblemente, se utilizaban para tratar personas “poseídas”⁷¹⁵. Sin embargo, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XIX que en los trabajos sobre neuroanatomía y neurofisiología de Paul BROCA intentaron definir el sustrato biológico de la conducta. En el mismo siglo, Friederich GOLTZ

⁷¹⁵ Usualmente se indica que un ajejo antecedente de la psicocirugía moderna se encuentra en las “trepanaciones craneanas” desarrolladas por la cultura precolombina Paracas en Perú —continuadas posteriormente por los Incas—. Sin embargo esta apreciación no es del todo exacta, puesto que dichas intervenciones no tenían como objetivo la modificación del comportamiento humano, sino la cura de las lesiones craneales que sufrían los guerreros de aquella época en el campo de batalla. En efecto, la intervención tenía como fin el drenaje de la sangre coagulada bajo el cráneo y el posterior implante de una lámina de oro como reemplazo del trozo de cráneo inutilizado (y, obviamente, extraído).

desarrolló un modelo experimental en perros, a los cuales les “resecó” los lóbulos temporales con el fin de reemplazar su conducta natural agresiva o defensiva por otra calmada y dócil. Con base en estos estudios, el psiquiatra suizo Gottlieb BURCKHARDT en 1891 intervino quirúrgicamente a seis pacientes para tratar sus enfermedades mentales, por medio de la resección parcial de la corteza frontal. Sin embargo, a pesar de la mejoría de cuatro de ellos, la muerte de uno y las convulsiones que presentaron los otros dos le impidieron proseguir con esta práctica⁷¹⁶.

A partir de entonces y durante las siguientes cuatro décadas sólo se reportaron trabajos aislados y sin importancia. Sin embargo, con ocasión de la celebración del Segundo Congreso Mundial de Neurología (Londres, 1935) los científicos FULTON y JACOBSEN presentaron los resultados de sus investigaciones sobre la modificación de la conducta en chimpancés a los que se les había lesionado ambos lóbulos frontales. Ambos investigadores apreciaron una “disminución del estado de ansiedad” de los primates, que generalmente se caracterizan por periodos de impulsividad.

La doctrina coincide en señalar que el origen de la moderna neurocirugía se remonta a 1935. En este sentido, suele atribuirse a neurólogo portugués Egas MONIZ (1874 - 1955) la sistematización de las modernas técnicas de intervención quirúrgica sobre el cerebro humano⁷¹⁷, pues junto con

⁷¹⁶ QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, “Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía”, op. cit., pp. 6 y 7.

⁷¹⁷ No obstante, conviene resaltar que el trabajo de MONIZ sin duda se desarrolló sobre la base de los experimentos (cortectomías frontales) que John FULTON desarrolló sobre dos primates. Cfr. PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., “La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica”, ob. cit., p. 888; YANES GUANDIQUE, Cesar Oscar, “Psicocirugía y el extraño caso de Phineas Cage”, en

su colega neurocirujano Almeida LIMA desarrollaron un experimento, sobre 20 pacientes de un centro psiquiátrico portugués, que consistía en inyectar alcohol en la sustancia blanca de sus lóbulos frontales⁷¹⁸. Según indica el propio MONIZ, los resultados fueron alentadores⁷¹⁹, por lo que este dato, sumado al hecho de que en aquella época no existían alternativas terapéuticas de otra naturaleza (v. gr. farmacológicas) y de que los centros para enfermos mentales estaban desbordados, propiciaron que los neurocirujanos de entonces comenzaran a mostrar una gran simpatía por la psicocirugía, desdeñando los (realmente) escasos beneficios terapéuticos que la técnica ofrecía, así como los graves efectos adversos asociados a ella⁷²⁰.

Sin embargo, a pesar de que fue MONIZ el principal artífice del desarrollo de esta técnica, no podemos olvidar que uno de los más importantes

www.neuroclinica.com.sv; QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, “Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía”, op. cit., pp. 6 y 7.

⁷¹⁸ Véase, YANES GUANDIQUE, Cesar Oscar, “Psicocirugia y el extraño caso de Phineas Cage”, en www.neuroclinica.com.sv; QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, “Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía”, op. cit., p. 6.

⁷¹⁹ En efecto, según notas del mismo MONIZ, el tratamiento dio como resultado la mejoría de 14 de los 20 sujetos, por lo que, en su opinión, la técnica se mostraba muy prometedora: “Following this exposition I do not wish to make any comment since the Facuss speak for themselves. These were hospital patients who were studied and well followed. The recoveries have been maintained. I cannot believe that the recoveries can be explained upon simple coincidence. Prefrontal leucotomy is a simple operation, always safe, which may prove to be an effective surgical treatment in certain cases of mental disorder”. Cfr. MONIZ, E., “Prefrontal leucotomy in the treatment of mental disorders”, en *Am J Psychiatry*, vol. 93, núm. 6, 1937, pp. 237 y, especialmente, la 239.

⁷²⁰ Conviene resaltar que, curiosamente, como consecuencia de la generosa acogida que a nivel científico tuvo la novedosa técnica de MONIZ, en 1949 su creador fue galardonado con el Premio Nobel de Medicina “por haber descubierto el valor terapéutico de la leucotomía prefrontal en ciertas psicosis”. Cfr. http://nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/1949/moniz.html

personajes que hizo uso de la misma fue el neuropsiquiatra estadounidense Walter FREEMAN (1895 - 1972). En efecto, se atribuye a FREEMAN la ejecución de la primera lobotomía prefrontal en los Estados Unidos de América, para la cual se utilizó trépanos bilaterales en la región frontal inferior del cerebro por medio de los cuales se insertaba un leucotomo que tenía la función de interrumpir las conexiones en la sustancia blanca de los lóbulos frontales. Los resultados de la aplicación de dicho procedimiento sobre 200 pacientes fueron publicados en 1942, y en ellos el autor reconoce que existió un significativo número de complicaciones post-operatorias, tales como síndrome frontal, crisis epilépticas, apatía, dificultad en la atención, trastornos del comportamiento, disminución en la capacidad para experimentar emociones, etc.⁷²¹

Sin embargo, a pesar de que los resultados colaterales descritos en el párrafo precedente fueron detectados inmediatamente después de producidas las intervenciones, los neurocirujanos norteamericanos de la época comenzaron a practicar de forma intensiva dicha intervención, debido, principalmente a la carencia de alternativas terapéuticas satisfactorias y, principalmente, a la propia labor promocional que el propio FREEMAN desplegaba sobre su novedosa técnica⁷²². Conviene recordar que pocos años después el mismo científico estadounidense llegó incluso a desarrollar una

⁷²¹ PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", ob. cit., p. 888.

⁷²² En efecto, FREEMAN llegó a publicitar por sí mismo su técnica recorriendo su país a bordo del llamado "lobotomóvil", que era una furgoneta que el mismo cirujano había acondicionado para poder ejecutar dentro la misma las intervenciones quirúrgicas. Se dice que llegó a tener días en los que realizó hasta 75 operaciones por día. PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", ob. cit., p. 888.

técnica —a la que denominó *Lobotomía Transorbital*— que no precisaba la trepanación del cráneo, pues para ello bastaba con la inserción de una hoja afilada⁷²³ bajo los párpados que, una vez que atravesaba el techo orbitario y producía una lesión en el lóbulo prefrontal.

Como señala la doctrina⁷²⁴, debido al carácter rudimentario de las técnicas de MONIZ y FREEMAN, la clase e intensidad de los resultados colaterales no deseados eran realmente alarmantes. Entre las complicaciones anotadas por los mismos artífices de dicha técnica se pueden enumerar las siguientes: hemorragia intercraneal grave, epilepsia post-quirúrgica, focalidad neurológica, cambios importantes en la personalidad del individuo, síndrome frontal (desinhibición, apatía y déficit de atención), etc. Es importante mencionar que, aunque la literatura al respecto no es pacífica sobre este punto, la tasa de mortalidad alcanzaba niveles que oscilan entre el 10% y el 14%⁷²⁵.

No obstante, el recurso a esta novedosa técnica fue extendiéndose muy rápidamente por varios estados de los Estados Unidos de América, dado que sus propulsores proclamaban la efectividad del procedimiento para tratar algunos casos de esquizofrenia, depresión, “homosexualidad”, trastornos de comportamiento en la infancia, peligrosidad criminal y, finalmente, la

⁷²³ Algunos autores señalan que en realidad FREEMAN hacía uso de un pica-hielo común para tal cometido. Cfr. YANES GUANDIQUE, Cesar Oscar, “Psicocirugía y el extraño caso de Phineas Cage”, en www.neuroclinica.com.sv

⁷²⁴ Ya desde 1950, QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, “Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía”, op. cit., p. 7

⁷²⁵ Según algunos autores, durante su carrera Freeman realizó alrededor de 3000 intervenciones de las cuales el 14% de pacientes —esto es, cerca de 420 personas— murieron como consecuencia de la lobotomía.

violencia o agresividad incontroladas⁷²⁶. De esta forma, suele indicarse que fueron más de 50,000 los pacientes que fueron sometidos a esta cirugía en EEUU desde 1936 hasta mediados de los años 50, por lo que la gran controversia que gira en torno a la psicocirugía, sin duda se debe a esta época en la que su indiscriminada aplicación estuvo basada en ciertos parámetros poco o nada científicos.

En estas circunstancias, la comunidad científica de neurólogos, neurocirujanos y psiquiatras comenzó a articular numerosas discusiones relativas a los aspectos éticos, científicos y técnicos de la Psicocirugía. Estos debates y la frecuencia de efectos secundarios forzaron la realización de ensayos más rigurosos que tuvieran como objetivo reducir el tamaño de la lesión, así como focalizar ésta hacia localizaciones cerebrales más específicas. Con la introducción de las denominadas técnicas estereotácticas en 1947, empezaron a ser factibles diferentes métodos de lesión cortical y subcortical más seguros y reproducibles⁷²⁷. A partir de ese momento, la técnica quirúrgica experimentó una clara evolución: los científicos FOLTZ y WHITE publicaron sus trabajos sobre la cingulotomía en 1962, KNIGHT su experiencia con la tractotomía subcaudada en 1964, LEKSELL su trabajo sobre la capsulotomía anterior en 1972 y, en 1973, KELLY su estudio sobre la técnica de leucotomía límbica⁷²⁸.

⁷²⁶ PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", ob. cit., p. 888.

⁷²⁷ QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, "Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía", op. cit., pp. 7 y s.

⁷²⁸ PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", ob. cit., p. 889.

A pesar del abandono de las rudimentarias lobotomías frontales de los primeros años, a favor de estas intervenciones estereotácticas más selectivas, y de que el número de casos quirúrgicos descendió marcadamente, la polémica sobre el empleo de la neurocirugía creció todavía más durante las décadas de los 60 y 70 debido, principalmente, a los aspectos relacionados con su eficacia, de sus secuelas permanentes y de su potencial uso abusivo. De esta forma, es en este contexto en el que diferentes debates públicos en EEUU, Inglaterra y Australia impulsaron la creación de comisiones nacionales que investigaran este tipo de cirugía y que, a la vez, reforzaran su legislación.

Así, en EEUU, el informe de la Comisión Nacional de Investigación Biomédica indicó que la psicocirugía resultó eficaz en más de la mitad de las 400 intervenciones anuales desarrolladas entre 1971 y 1973, y que no se atribuían déficit psicológicos a esta cirugía. Su conclusión fue que los temores al posible control de minorías sociales mediante estas intervenciones debían considerarse infundados⁷²⁹. Estudios preoperatorios y postoperatorios realizados de forma independiente por diferentes especialistas en pacientes sometidos a cingulotomía, demostraron algunos resultados bastante satisfactorios según lo apuntado por PEDROSA SÁNCHEZ y SOLA⁷³⁰. Estos resultados positivos son el principal argumento contra la percepción pública inicial de que la psicocirugía es peligrosa, ineficaz y experimental. Hoy día, una rigurosa selección de los pacientes, las precisas técnicas de cirugía estereotáctica, junto con la evaluación clínica contrastada pre y postoperatoria,

⁷²⁹ National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, *Report and Recommendations: Psychosurgery*, Department of Health and Human Services, Pub No (OS) 77-002, US Government Printing Office, Washington DC, 1979.

⁷³⁰ PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", ob. cit., p. 889.

permiten encontrar en la psicocirugía una alternativa terapéutica eficaz para enfermos psiquiátricos graves sin respuesta al tratamiento conservador.

b) Aproximación conceptual

Según lo indicado por la OMS, la psicocirugía es la intervención médica consistente en la "resección quirúrgica selectiva o destrucción de las vías nerviosas con el propósito de influenciar el comportamiento"⁷³¹. La literatura que versa sobre la materia suele apoyarse en la definición dada por la OMS para definir a este tipo de prácticas, aunque, como veremos a continuación, podría elaborarse un concepto que de forma más precisa englobe las prácticas quirúrgicas que tengan como fin la modificación de la conducta humana.

En efecto, en primer lugar debemos tener presente que las raíces etimológicas del término son dos: *Psico* (del griego *ψυχο*) que significa "alma" o "actividad mental", y *chirurgia* (locución latina que deriva de la griega *χειρουργία*)⁷³². En este sentido, una primera revisión del término materia de análisis podría arrojar como resultado la idea de que la psicocirugía consistiría en la intervención quirúrgica de un proceso (es decir, la misma *actividad mental*) intangible. Este hecho ha llevado a un sector de los especialistas a sostener que el término utilizado es impreciso dado que, como sabemos, es materialmente imposible intervenir quirúrgicamente el "alma" o, al menos, la "actividad mental", por lo que han sostenido que el uso del término

⁷³¹ Según cita recogida por BARCIA, J.A. / BERTOLÍN-GUILLÉN, J.M. / BARCIA-GONZÁLEZ, J. / CAMPOS, J. / HERNÁNDEZ, M.E., "Estado actual de la psicocirugía en España", en *Neurocirugía*, núm. 18, p. 301.

⁷³² QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, "Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía", op. cit., p. 5

neurocirugía sería mucho más adecuado a efectos de englobar las intervenciones quirúrgicas en el sistema nervioso⁷³³.

Sin embargo, a pesar de que formalmente el término neurocirugía se muestra más preciso, debemos tener en cuenta que abraza una serie de actividades que no están directamente vinculadas con los fines perseguidos por la psicocirugía. Recordemos pues que la neurocirugía es la especialidad médica encargada del manejo quirúrgico y no quirúrgico (incluyendo la educación, prevención, diagnóstico, evaluación, tratamiento, cuidados intensivos, y rehabilitación) de determinadas patologías del sistema nervioso central, periférico y vegetativo, incluyendo sus estructuras vasculares; la evaluación y el tratamiento de procesos patológicos que modifican la función o la actividad del sistema nervioso, incluyendo la hipófisis y el tratamiento quirúrgico del dolor. En este sentido, la psicocirugía representa tan solo un área específica de la neurocirugía pues, por medio de intervenciones quirúrgicas en el cerebro humano, busca la modificación de la psique o de la mente⁷³⁴.

Por estas razones creemos adecuado denominar psicocirugía a toda actuación quirúrgica directa sobre el sistema nervioso, que tenga como objetivo la reducción de algunos síntomas patológicos no deseados o, en su caso, la modificación de la conducta del sujeto sometido a la intervención⁷³⁵.

⁷³³ Así lo han sostenido, por ejemplo, BARCIA, J.A. / BERTOLÍN-GUILLÉN, J.M. / BARCIA-GONZÁLEZ, J. / CAMPOS, J. / HERNÁNDEZ, M.E., "Estado actual de la psicocirugía en España", ob. cit., p. 308.

⁷³⁴ PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", ob. cit., p. 887.

⁷³⁵ Estos síntomas pueden ser incapacitantes en el caso de pacientes psiquiátricos (en cuyo caso cabría hablar de psicocirugía psiquiátrica) o no incapacitantes en el caso de sujetos capaces (imputables) portadores de peligrosidad criminal.

c) Procedimientos quirúrgicos utilizados

Como PEDROSA SÁNCHEZ y SOLA indican⁷³⁶, el enfoque terapéutico de casi todas las enfermedades psiquiátricas, tradicionalmente se ha basado en una combinación de tres tratamientos psiquiátricos: psicoterapia, farmacoterapia y, en algunos casos, terapia electroconvulsiva (TEC). No obstante, los profesionales de la Biomedicina se muestran de acuerdo al reconocer que existen algunos supuestos en los que los pacientes no son capaces de responder de forma satisfactoria a ninguna de las terapias que acabamos de describir. En este sentido, es precisamente en estos excepcionales supuestos en los que cabría evaluar la posibilidad de recurrir a una intervención neuroquirúrgica dado que podría permitir una notable mejora en la salud mental del paciente.

Actualmente, los métodos quirúrgicos más comunes son los siguientes: *cingulotomía, tractotomía subcaudada, leucotomía límbica y capsulotomía anterior*. La denominada *hipotalamotomía posteromedial* se emplea en casos muy seleccionados de agresividad irreductible, por lo que puede presentar un mayor interés para el análisis del delincuente peligroso. Todos ellos se realizan habitualmente por medio de las denominadas técnicas estereotácticas, que consisten en la ejecución precisa de la lesión o colocación del electrodo de estimulación en la zona precisa del cerebro que el neurocirujano considera que debe modificarse. Veamos brevemente cómo se desarrolla cada una de ellas:

⁷³⁶ PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", en *Revista de Neurología*, 2003, 36 (9), p. 887.

c.1) Cingulotomía

La cingulotomía ha sido la técnica quirúrgica de elección en Norteamérica en los últimos 40 años. Las bases para la cirugía sobre el llamado *giro cingulado* proceden de las observaciones, durante los años 40, de que la interrupción de las fibras de esta estructura conllevaba una reducción del estado de ansiedad. Actualmente esta técnica se utiliza para tratar trastornos afectivos, estados de ansiedad crónica, trastorno obsesivo compulsivo y dolor crónico.

Con el empleo de la técnica estereotáctica, se inserta un electrodo en el objetivo calculado sobre la región anterior del cíngulo y, según el procedimiento convencional de termocoagulación por radiofrecuencia, se realiza una primera lesión durante 90 s a 85 °C; tras retirar el electrodo 10 mm, se realiza la segunda lesión. Con ello, el resultado final consiste en una lesión de 2 cm de longitud y 8-10 mm de diámetro.

La literatura que versa sobre la materia indica que después de la cingulotomía, son comunes síntomas menores como cefalea, náusea o incluso febrícula, generalmente en las primeras 24-48 horas. También se describen mareos, sensación transitoria de inestabilidad en la marcha, confusión, retención urinaria y crisis epilépticas aisladas; aunque habitualmente de escasa gravedad y autolimitados, estos síntomas a veces pueden persistir durante varias semanas. Conviene anotar que según lo indicado por los especialistas no se ha observado en los pacientes sometidos a tal intervención un deterioro cognitivo ni del comportamiento significativos, sino todo lo contrario, esto es, un incremento del cociente intelectual después de la operación⁷³⁷. La

⁷³⁷ Esta mejoría fue notable en pacientes con dolor crónico y depresión, pero apenas detectable en aquellos diagnosticados de esquizofrenia. Cfr. PEDROSA SÁNCHEZ, M.

morbilidad grave es extremadamente rara. En un centro con gran experiencia en esta materia (Hospital General de Massachusetts), a lo largo de los últimos 40 años se han realizado cerca de 1.000 cingulotomías, y sólo se han descrito cuatro casos de hemorragia intracraneal, sin que exista mortalidad.

c.2) Tractotomía subcaudada (TSC)

Esta técnica, conocida también con el nombre de *Innominotomía*, es una técnica especialmente empleada en el Reino Unido, desde 1963, como tratamiento quirúrgico de trastornos afectivos, trastornos obsesivos compulsivos, estados graves de ansiedad crónica, y en algunos otros diagnósticos psiquiátricos. Su objetivo es interrumpir los fascículos de sustancia blanca que conectan el córtex orbitario con estructuras subcorticales y realizar una lesión en la *sustancia innominada*, justo debajo de la cabeza del núcleo caudado. Este procedimiento estereotáctico inicialmente se llevó a cabo con el implante de itrio radiactivo en la región conseguía una lesión de unos 2 cm³, aunque posteriormente se empleó la termocoagulación.

Las complicaciones observadas incluyen confusión mental transitoria (10%), crisis (2%) y cambios no deseados en la personalidad (7%). Se ha descrito, en una serie de más de 200 pacientes, un caso de coma y un fallecimiento por lesión hipotalámica, tras la migración del material radiactivo empleado.

Revisiones recientes de la evolución clínica tras la TSC han mostrado buenos resultados en el 68% de los pacientes con depresión y en el 50% de los pacientes con trastornos obsesivos compulsivos. La mejoría fue muy poco

/ SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", en *Revista de Neurología*, 2003, 36 (9), p. 893.

significativa en pacientes con esquizofrenia, trastornos de la personalidad, drogodependientes o alcohólicos. Aunque se ha criticado el corto seguimiento evolutivo, así como aleatoriedad en las escalas de evaluación empleadas en determinados estudios, los resultados globales parecen ser similares a los de la cingulotomía.

c.3) Leucotomía límbica

Esta técnica fue introducida por KELLY en 1973, como una combinación de la cingulotomía anterior y la TSC, pues llegó a la conclusión de que ambas lesiones, de forma conjunta, conducían a un resultado más favorable en los síntomas del *trastorno obsesivo compulsivo* que cualquiera de ellas aisladamente, al interrumpir de un modo más completo el circuito límbico. Dentro de las indicaciones de este procedimiento se han incluido, fundamentalmente, al TOC, los estados de ansiedad crónica y la depresión mayor.

El tratamiento estereotáctico realizado se lleva a cabo por medio de la lesión del punto deseado a través del frío o de la termocoagulación. Las complicaciones observadas incluyen episodios de confusión e incontinencia urinaria en el postoperatorio inmediato. También se han descrito letargia (12%), cambios de personalidad (7%) y un caso de pérdida grave de memoria. No se ha detectado deterioro mental significativo tras la intervención.

Como en los otros procedimientos, la mejoría sintomática no es inmediata y se ha observado una reducción fluctuante pero progresiva de los síntomas durante el primer año de postoperatorio.

Se ha detectado una mejoría en el 89% de pacientes con TOC, en el 66% de los enfermos con ansiedad crónica y en el 78% de los diagnosticados

de depresión, aunque algunas publicaciones más recientes sugieren un porcentaje algo menor de resultados positivos.

c.4) Capsulotomía anterior

Esta técnica, popularizada por LEKSELL⁷³⁸, ha sido aplicada a pacientes con diferentes tipos de trastornos psiquiátricos. El objetivo de este procedimiento es la interrupción de las conexiones frontotalámicas en el brazo anterior de la cápsula interna, entre la cabeza del *núcleo caudado* y el *putamen*. Las indicaciones de la capsulotomía incluyeron inicialmente a la esquizofrenia, la depresión, los estados de ansiedad crónica y la neurosis obsesiva.

Las complicaciones de este procedimiento, descritas en una serie de 115 pacientes, incluyen confusión mental transitoria (86%), incontinencia (27%) y astenia (32%). Uno de estos 115 pacientes presentó hemorragia intracraneal y otro desarrolló crisis epilépticas. Es frecuente el aumento de peso (como promedio, de un 10%). No se han detectado trastornos cognitivos con el empleo de diferentes tests psicométricos, aunque algunos pacientes presentaron déficit.

c.5) Hipotalamotomía posteromedial

⁷³⁸ En fecto, fue TALAIRACH el primero en describir la capsulotomía anterior. Cfr. PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", en *Revista de Neurología*, 2003, 36 (9), p. 894.

Esta es una de las técnicas más empleadas en el tratamiento quirúrgico de los trastornos de conducta con agresividad⁷³⁹. En el procedimiento, tras la introducción estereotáctica del electrodo en la región posterior del hipotálamo, para lograr una localización óptima, se realiza una estimulación que debe ocasionar que el paciente experimente una elevación de la presión arterial, taquicardia y midriasis. En ese punto, y con el mismo electrodo, se procede a la termocoagulación.

Se han encontrado respuestas clínicas favorables hasta en un 80% de los casos, sin registrarse efectos secundarios relacionados con la regulación hormonal ni deterioro cognitivo. Por el contrario, se ha observado un incremento en el cociente intelectual en la mitad de los pacientes, en probable consonancia con una mejor cooperación de los enfermos tras la cirugía. Los resultados de esta técnica son mejores cuando la conducta agresiva es secundaria a epilepsia.

c.6) Neuromodulación eléctrica o química

Este procedimiento, que aún se encuentra en fase experimental, permite al neurocirujano tratar diferentes trastornos del sistema nervioso de una forma aditiva, y no destructiva.

Uno de los avances más innovadores en torno al procedimiento de neuromodulación ha estado constituido por el desarrollo de la técnica denominada *neuroestimulación*. Esta técnica basa su funcionamiento en la estimulación eléctrica de ciertas partes del cerebro con el fin de modular su

⁷³⁹ Cfr. PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., "La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica", en *Revista de Neurología*, 2003, 36 (9), p. 894.

actividad, y se puede realizar bien por medio de la aplicación de electrodos en la superficie cerebral de superficie, o bien por medio de la inserción de los mismos en el interior del cerebro (para lo cual es necesaria la perforación del cráneo). Se prevé que a corto plazo podrá identificarse con mucha precisión el área del cerebro exacta que, dependiendo de las necesidades del paciente, deba estimularse para modular su actividad.

Conviene resaltar que la intervención realizada en el cuerpo humano por medio de esta técnica es, sin duda, menos violenta que las que son necesarias para ejecutar los procedimientos quirúrgicos descritos en los epígrafes precedentes; incluso, de perfeccionarse la técnica con el uso únicamente de electrodos fijados en el exterior del cuerpo humano, podríamos afirmar que no nos encontramos ante una intervención invasiva en el cuerpo humano. A lo dicho, tendría que sumarse la idea de que, efectivamente, esta técnica, a diferencia de lo que ocurre con los procedimientos ablativos, es completamente reversible, dado que basta con retirar los electrodos para que el paciente recupere su personalidad habitual.

3.5.2. La psicocirugía como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso

Como es de suponerse, la aplicación de la psicocirugía como respuesta penal en su momento encontró cabida, únicamente en la legislación penal de los Estados Unidos de América⁷⁴⁰. En efecto, fueron dos los estados que, con ciertas diferencias, incorporaron a su sistema jurídico sendas normas que

⁷⁴⁰ Pionero en abordar el tema desde una perspectiva de Derecho español QUINTERO RIPOLLÉS, Antonio, “Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía”, op. cit., pp. 5 – 11.

tenían el propósito de regular esta materia⁷⁴¹. El primero de ellos fue el estado de Oregón, donde se incorpora a la “Legislatura Estatal” en 1973 una serie de disposiciones sobre la materia⁷⁴² y cuya vigencia se extendió hasta la modificación que sufrió dicha norma en 1981⁷⁴³. Según lo estipulado por el Estatuto de Oregón, la intervención quirúrgica en el cerebro humano que ocupa nuestra atención, únicamente podía ser desarrollada cuando se hubiese recabado previamente la autorización de un Comité (“Review Board”, según la terminología utilizada en el mencionado estatuto) constituido para tal fin⁷⁴⁴. Para estos efectos, dicho Comité debía observar, fundamentalmente, las siguientes condiciones: a) que el paciente haya otorgado su consentimiento — se admite la posibilidad de tener como válido el consentimiento otorgado por el representante legal de un incapaz—; b) que con el objeto de conseguir una mejoría en el paciente, previamente se hayan probado los demás métodos alternativos (v. gr. farmacológicos) de los que la ciencia dispone en el momento y que, por supuesto, que no se hayan conseguido los resultados deseados; c) que se tenga la certeza de que mediante la ejecución de la

⁷⁴¹ Véase DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION, AND WELFARE, *Protection of Human Subjects. Use of Psychosurgery in Practice and Research: Report and Recommendations for Public Comment*, Department of health, education, and welfare, Office of the Secretary, Oregon, Mayo - 1977, pp. 26321 y s.; MICHIGAN LAW REVIEW, “Notes: Regulation of Electroconvulsive Therapy”, en *Michigan Law Review*, Vol. 75, No. 2, Dec., 1976, pp. 363 - 364.

⁷⁴² Cfr. *Oregon Revised Estatutes*, § 426.700 y ss. El texto completo se encuentra disponible en: www.leg.state.or.us

⁷⁴³ Cfr. *Oregon Revised Estatutes*, c.372 §2, 1981. El texto completo se encuentra disponible en: www.leg.state.or.us

⁷⁴⁴ Dicho Comité estaba formado por nueve miembros designados por el Gobernador del Estado de Oregon. Cfr. DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION, AND WELFARE, *Protection of Human Subjects. Use of Psychosurgery in Practice and Research: Report and Recommendations for Public Comment*, ob. cit., p. 26321.

psicocirugía, el paciente obtendrá ciertos beneficios para su salud —ora el restablecimiento de la misma, ora el alivio del sufrimiento causado por su dolencia—.

No obstante, una lectura de los párrafos correspondientes del Estatuto de Oregón⁷⁴⁵ nos muestra que el legislador estatal no previó la posibilidad de distinguir los presupuestos y/o condiciones de la aplicación de la psicocirugía según se trate de delincuentes sexuales imputables o inimputables.

Por su parte, el segundo estado pionero en la regulación de esta materia fue California. En efecto, en 1974 se incorporaron al ordenamiento jurídico dos disposiciones que regulan el tema: a) la primera —que además modifica el Código Penal de dicho estado— versa sobre la aplicación de esta terapia a personas privadas de su libertad, bien en establecimientos penitenciarios o bien en centros de terapia social o mental, pero siempre y cuando dichas condenas deriven de la comisión de una infracción sancionada por el Código Penal⁷⁴⁶. b) la segunda regula la cuestión de la aplicación de la psicocirugía a personas —privadas o no de su libertad— que no hayan sido juzgadas penalmente⁷⁴⁷.

En relación con la legislación penal del estado de California, cabe resaltar que, en lo fundamental, coincide en los presupuestos y condiciones de aplicación de la psicocirugía establecidas por la legislación de Oregón, salvo en lo concerniente a la carencia de validez del consentimiento otorgado por el

⁷⁴⁵ Esto es, los comprendidos en el apartado dedicado al tratamiento de las Personas Sexualmente Peligrosas (*Sexually Dangerous Persons*): § 426.510 y § 426.760.

⁷⁴⁶ Cfr. Código Penal de California § 2670 y ss.

⁷⁴⁷ Cfr. Código de Bienestar e Instituciones de California (*Welfare and Institutions Code*), § 5325 y ss.

representante legal (claro está, en el caso de incapaces). Conviene anotar que, la legislación californiana, al igual que la de Oregón, tampoco establece la distinción entre los presupuestos de aplicación a delincuentes imputables y semiimputables⁷⁴⁸.

3.5.3. Viabilidad constitucional y político-criminal de la aplicación de la medida

Son varias las cuestiones que se discuten en relación con la posible aplicación de esta medida como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. Sin embargo, todo indica que la jurisprudencia y legislación estadounidenses han encontrado un solo aspecto respecto del cual no han mostrado unanimidad: la cuestión derivada de la validez del consentimiento otorgado por el condenado a fin de someterse a la intervención quirúrgica⁷⁴⁹. En efecto, además de las diferencias existentes en las legislaciones de Oregón y California, podemos comprobar que la

⁷⁴⁸ Conviene poner de manifiesto que existen algunos precedentes en el ámbito jurisprudencial de los Estados Unidos de América que ya analizaron la posibilidad de autorizar una intervención psicoquirúrgica en personas condenadas por delitos contra la libertad sexual. Un ejemplo bastante relevante de lo dicho está constituido por el caso *Kaimowitz vs. Department of Mental Health* (Civil N° 73-19434-AW), donde se discutía la validez del consentimiento otorgado por el condenado. Cfr. DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION, AND WELFARE, *Protection of Human Subjects. Use of Psychosurgery in Practice and Research: Report and Recommendations for Public Comment*, ob. cit., p. 26322; MICHIGAN LAW REVIEW, "Notes: Regulation of Electroconvulsive Therapy", ob. cit., pp. 365 - 366.

⁷⁴⁹ Cfr. DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION, AND WELFARE, *Protection of Human Subjects. Use of Psychosurgery in Practice and Research: Report and Recommendations for Public Comment*, ob. cit., p. 26322;

jurisprudencia en modo alguno resulta pasiva en lo tocante a esta misma cuestión⁷⁵⁰.

De esta forma, a primera vista podemos afirmar que el consentimiento otorgado por el condenado (obviamente no condicionado a la concesión de beneficios penales) podría ser válido en vista de que, al menos en el caso de los delincuentes imputables peligrosos, se tiene plena certeza de que no existen otros métodos alternativos para tratar la peligrosidad del agente y de que, mediante la ejecución de la psicocirugía, el paciente posiblemente obtendrá ciertos beneficios personales —en el caso que ocupa nuestra atención, estos beneficios estarán constituidos por la disminución de la peligrosidad criminal portada—. No obstante, como vimos cuando analizamos el estado actual de las diversas técnicas de intervenciones neuro-quirúrgicas destinadas al tratamiento de la peligrosidad criminal, queda claro que, en primer lugar, no podemos afirmar que la aplicación de alguna de las técnicas de psicocirugía constituya el método adecuado para tratar la peligrosidad en todos los casos pues, como sabemos, la peligrosidad no siempre tiene un origen plenamente neuronal sino que, en algunas ocasiones, puede estar condicionado por ciertos factores hormonales (especialmente en el caso de los delincuentes sexuales, donde cabe la posibilidad de que una producción anómala de testosterona condicione el nivel de peligrosidad de un sujeto

⁷⁵⁰ A modo ejemplificativo, podemos mencionar las diferentes conclusiones a las que se llega en los casos *Kaimowitz vs. Department of Mental Health* (Civil N° 73-19434-AW) y *Aden vs. Younger* (57 Cal. App. 3d 662 - 1976). Así, mientras que la primera concluye en que el consentimiento otorgado por el acusado (violador en serie) es inválido a efectos de someterse a una intervención de psicocirugía, la segunda confirma la validez de dicho manifestación de voluntad.

determinado)⁷⁵¹. En segundo lugar, debemos tener en cuenta que el estado actual de las técnicas no permite desarrollar una intervención sin la materialización de una serie de efectos secundarios de considerable magnitud e importancia, por lo que podríamos afirmar que el principio de beneficencia resultaría seriamente trastocado.

Por otra parte, no debemos olvidar que la aplicación de dicha terapia conlleva a una seria afectación del derecho a la integridad física. En efecto, la propia intervención quirúrgica es de tal magnitud (se taladra el cráneo y se mutila una parte de la corteza cerebral) que pocas dudas caben respecto de su compatibilidad con el derecho fundamental que acabamos de mencionar, y esto sin contar con que los efectos secundarios de dicha intervención constituirán una grave afectación al derecho a la integridad psíquica del agente.

Por estas razones no cabe duda que una eventual incorporación de la psicocirugía al ordenamiento jurídico-penal español, además de colisionar con los derechos fundamentales anteriormente mencionados, implicaría una clara afectación al principio de proporcionalidad en vista del daño desmesurado que se ocasionaría al condenado. Resulta innegable que, en este supuesto, los intereses de defensa social, así como los intereses de carácter preventivo-especial que puedan conseguirse mediante la aplicación de esta medida no son suficientes como para justificar una intervención tan brutal como la personificada por la psicocirugía como respuesta penal.

⁷⁵¹ Así, SANJUAN ARIAS, Julio, "Agresiones adaptativas y anómalas", en *Anuario Metode*, Universidad de Valencia, 2007, pp. 128 – 137; LUENGO, Ana / BROTONS, Olga / LORENTE, Ester / HERRERO, Neus / AGUILAR, Eduardo / ESCARTI, María José / GONZÁLEZ, José Carlos / LEAL, Carmen / SANJUAN, Julio, "Respuesta emocional ante estímulos amenazantes en psicosis y trastornos de ansiedad", en *Psicothema*, vol. 21, núm. 1, 2009, pp. 51 – 56, disponible en www.psicothema.com

Finalmente, no debemos olvidar que a ello podríamos sumar la idea de que en algunos supuestos dicha medida patentemente vulneraría el *principio de adecuación a un fin determinado*. En efecto, como habíamos indicado anteriormente, la exigencia de que toda medida de seguridad deba estar orientada a la consecución de ciertos fines preventivo-especiales (sean estos terapéuticos o inocuizadores) constituye una exigencia que deriva del respeto al principio de proporcionalidad⁷⁵². Sin embargo, resulta claro que el recurso a la psicocirugía, al menos en algunos supuestos, podría no materializar ninguno de estos dos fines pues, como sabemos, la peligrosidad criminal puede no tener su origen en los sistemas neuronales que se esperan modificar.

⁷⁵² Cfr. URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, pp. 133 y 134; MARTINEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales. Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni ediciones, Córdoba – Argentina, 2007, p. 137.

CAPÍTULO VII

PROPUESTA PARA EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE IMPUTABLE PELIGROSO EN DERECHO ESPAÑOL

I. EN BUSCA DE LA RESPUESTA MENOS LESIVA PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS SUJETOS PELIGROSOS Y MÁS EFICAZ EN RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS BIENES PENALMENTE TUTELADOS

De lo dicho hasta aquí [especialmente en el Epígrafe 2 del Capítulo III] se puede colegir que existen varios tipos de delincuentes imputables peligrosos. En este sentido, y teniendo en cuenta las características que importan para este análisis, podemos encontrarnos ante delincuentes criminalmente peligrosos jóvenes y adultos, habituales y no habituales, reincidentes y no reincidentes y, finalmente, corregibles e incorregibles⁷⁵³. Este panorama debe llevarnos a la conclusión de que no es posible articular una respuesta penal que de forma genérica sirva para tratar la peligrosidad de cada uno de los tipos criminológicos descritos en el párrafo precedente.

⁷⁵³ Vid. *supra*, Capítulo III, especialmente el epígrafe 2.

Hasta el momento hemos sostenido la idea de que el derecho de medidas parece ser la vía adecuada para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. Sin embargo, debemos tener presente que, si el meollo del asunto radica en la búsqueda del tratamiento más eficaz de la peligrosidad criminal o, en su caso, en la búsqueda de la forma de contención de la misma que conlleve menos costes iusfundamentales, no debemos pasar por alto que la medida de seguridad tendrá que adecuarse a las necesidades concretas de cada sujeto imputable portador de peligrosidad criminal.

En efecto, la doctrina que es partidaria del recurso al derecho de medidas⁷⁵⁴ ha venido proponiendo la incorporación de, al menos, dos medidas de seguridad de particular novedad en Derecho español: por un lado, el internamiento en un centro de terapia social y, por otro, el internamiento en un centro de custodia⁷⁵⁵.

En cuanto a la medida de *internamiento en un centro de terapia social*, debemos señalar que, dada su naturaleza terapéutica, estaría plenamente indicada para aquellos delincuentes que puedan, eventualmente, ser rehabilitados. Tal vez, podría pensarse, como señala CEREZO MIR, en aquellos supuestos en los que el condenado sea un delincuente imputable peligroso de

⁷⁵⁴ Así, entre otros, CEREZO MIR, José, "Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal", en *Revista Penal*, ob. cit., p. 17; DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado", en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, ob. cit., pp. 590 y 591; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, "Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia", en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, ob. cit., p. 68;

⁷⁵⁵ Cfr. por todos, CEREZO MIR, José, "Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal", en *Revista Penal*, ob. cit., p. 17; el mismo, *Curso de Derecho Penal español. Parte General III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., pp. 174 y ss.

criminalidad grave menor de 25 años⁷⁵⁶. El fundamento de las consideraciones del antiguo Catedrático de Zaragoza, parece estribar en el hecho de que una persona joven aún es más susceptible de enmienda que una persona adulta⁷⁵⁷; sin embargo, con base en ese mismo fundamento, creemos que también podría aplicarse a sujetos mayores sobre los cuales se haya llegado a la conclusión que la terapia pueda ser efectiva. Por otra parte, no cabría hacer una distinción entre sujetos reincidentes, habituales, pluri-reincidentes, etc. pues, como vimos, estos estados o características son solo síntomas de la peligrosidad del sujeto y en modo alguno pueden fundamentar la imposición de una medida de seguridad.

Este tipo de instituciones han sido creadas y probadas en varios países europeos⁷⁵⁸. En ellas se somete a los internos a un tratamiento basado en métodos psiquiátricos-sociales, combinando la terapia social con la de grupos, con el objetivo de intentar que el delincuente desarrolle la voluntad y capacidad de llevar una vida sin conflictos con la ley penal. En relación con el

⁷⁵⁶ CERZEZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General III, Teoría jurídica del delito/2*, ob. cit., p. 174.

⁷⁵⁷ En este mismo sentido parece pronunciarse MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 386. La autora propone la introducción de la medida de seguridad en un centro de terapia social para los delincuentes criminalmente peligrosos menores de 25 años y mayores de 18.

⁷⁵⁸ EL modelo inicial fue desarrollado por el Dr. Stürup. Cfr. CERZEZO 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*, ob. cit., p. 252.

éxito de las terapias, según indica CEREZO, predominan los juicios favorables⁷⁵⁹.

En cuanto a la forma y duración de la aplicación de esta medida de seguridad, creemos conveniente el recurso al sistema vicarial y al establecimiento de un límite en la cantidad de años que eventualmente vayan a imponerse al sujeto portador de peligrosidad. En efecto, en cuanto a que la medida sea aplicada con arreglo al sistema vicarial, creemos que no cabe realizar ninguna matización —tendría que desarrollarse, siempre de forma voluntaria, antes de la ejecución de la pena—; sin embargo, en cuanto a la duración máxima de dicha medida, creemos que podría establecerse un límite máximo de años a los que el sujeto puede ser condenado. Tal vez pueda pensarse en establecer el límite de 10 años, pues dicha cifra ha sido utilizada en la versión primigenia de la custodia de seguridad en Alemania. No está demás indicar que, una vez cumplido el límite máximo de imposición el sujeto sometido a la medida tendría que recuperar su libertad, independientemente del resultado que la terapia haya tenido en relación con su peligrosidad criminal.

Por otra parte, en relación con posibilidad de incorporar la medida de *internamiento en un centro de custodia*, debemos indicar que las exigencias y garantías del Estado de Derecho (analizadas en el Capítulo anterior) harían posible que dicha respuesta únicamente sea aplicada a aquellos delincuentes imputables peligrosos a los que no pueda aplicarse la medida de internamiento en un centro de terapia social, bien porque no hubiesen aceptado participar en el programa terapéutico, o bien porque se prevea que sobre ellos la terapia no

⁷⁵⁹ 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*, ob. cit., p. 252

surtiría el efecto deseado (por tratarse de sujetos incorregibles). En estos supuestos, la medida, al estar orientada hacia la consecución de fines de aseguramiento y/o inocuización, tendría que aplicarse después de la ejecución de la pena privativa de libertad correspondiente y, sin lugar a dudas, tendría que establecerse un límite máximo de años a los que el sujeto puede ser condenado. Insistimos en que la idea de adoptar la versión primigenia de la custodia de seguridad alemana (que, como sabemos, permitía imponer la medida por un máximo de 10 años) sería aconsejable en los casos en que el delincuente sea portador de una patente peligrosidad criminal y que los delitos que se espera que cometa sean de especial gravedad (violaciones, asesinatos, etc.). Al igual que el supuesto anterior, una vez que se haya cumplido el límite máximo de imposición de la medida, el sujeto sometido a ella tendría que recuperar su libertad, pues es el momento en el cual el riesgo de reiteración en el delito debe ser asumido por la sociedad⁷⁶⁰.

No obstante, conviene indicar que, para los casos en los que el sujeto haya recuperado su libertad (por haber cumplido el máximo de tiempo permitido para estar internado en un centro de terapia social o en un centro de custodia), un mecanismo que se ha mostrado eficaz en la prevención (al menos desde el punto de vista general positivo) es la constituida por la medida de seguridad de *libertad vigilada* a través de mecanismos electrónicos (control telemático, vid. *supra*, Capítulo VI, epígrafe 2.2). En efecto, como en vimos en su momento, que ha sido probada con buenos resultados en algunos países anglosajones, resulta idónea para mantener un control exhaustivo del delincuente peligroso que el sistema penal devuelve a la sociedad. Por otra parte, a diferencia de las dos medidas de seguridad anteriores, su duración no

⁷⁶⁰ Así, DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, ob. cit., p. 591.

tiene porqué ser limitada a una cantidad de años determinada puesto que dicha medida no comporta el menoscabo de bienes jurídicos de especial valor (como la libertad) sino de alguno (la intimidad) que, como vimos en su momento, puede ser sacrificado en aras a la consecución de un control efectivo de los sujetos peligrosos de criminalidad grave que el sistema penal no puede coaccionar de otra manera. Finalmente, cabe indicar que dicha medida sería claramente compatible con la imposición de alguna otra medida de marcado carácter terapéutico que tienda al tratamiento de la peligrosidad del sujeto sin interferir con su vida en libertad.

II. POSIBILIDADES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PROPUESTA EN ESPAÑA

Un aspecto que no debemos dejar de lado es el referido a las posibilidades económicas que puedan condicionar la implementación de las medidas de seguridad descritas en el epígrafe anterior en España. En efecto, en su momento ya CEREZO MIR denunciaba que, dados los recursos económicos del Estado, no sería posible la implementación de la medida de internamiento en un centro de terapia social, pues los gastos derivados de la construcción y mantenimiento de las instalaciones, equipos y personal del centro serían demasiado elevados como para asignar una partida del presupuesto anual⁷⁶¹.

No obstante, creemos que en la actualidad dichas aseveraciones serían insostenibles, principalmente por dos razones:

⁷⁶¹ 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*, ob. cit., p. 253.

a. Porque la capacidad económica del Estado desde 1993 (fecha en la que CEREZO se pronunciaba sobre el asunto) ha ido en constante aumento hasta llegar a un punto en el que, creemos, puede afrontarse no sólo el gasto derivado de la implementación de un centro de terapia social, sino también de la implementación de un centro de custodia, así como de la adquisición de los mecanismos electrónicos necesarios y el pago al personal de vigilancia dedicado al control telemático del sujeto peligroso que se encuentre libre. En relación con esta última cuestión, debemos traer a mientes el hecho de que hace poco más de un año el Gobierno anunció la adquisición de 3000 unidades de control telemático de última generación⁷⁶².

b. Porque, como analizamos en su momento⁷⁶³, la tasa anual de delincuentes imputables peligrosos (tanto sexuales como los que comenten delitos contra la vida) no supera los 25 condenados. En efecto, nos encontramos ante un tipo de delincuencia realmente excepcional, las medidas destinadas al tratamiento penal de la peligrosidad criminal de estas personas no puede llegar a ser inconcebible para un Estado económicamente sólido como es el caso del Estado español.

III. LAS GARANTÍAS A TENER EN CUENTA ANTE LA MATERIALIZACIÓN DE UNA POLÍTICA TERAPÉUTICA O INOCUIZADORA

3.1. Personal cualificado para realizar el juicio de pronóstico de peligrosidad

⁷⁶² <http://www.larazon.es/noticia/comienzan-a-funcionar-3-000-pulseras-para-controlar-a-los-maltratadores>

⁷⁶³ Vid. *supra*, Capítulo II, Epígrafe 1.3.

Si tomamos como punto de partida la idea de que la peligrosidad es el fundamento de la respuesta que se articule ante la actuación del imputable peligroso, entonces será necesario que tanto el diagnóstico, como el pronóstico de peligrosidad sean llevados a cabo por peritos altamente capacitados para ello, es decir, psicólogos y psiquiatras que conozcan y estén familiarizados con los últimos métodos y evaluaciones de peligrosidad que hayan sido desarrollados hasta el momento. Es importante volver a incidir sobre el hecho de que estos peritos únicamente tendrían la función de emitir un dictamen que tenga como finalidad facilitar información al Juez o Tribunal para que éste pueda, válidamente, emitir un juicio de peligrosidad.

3.2. Revisión periódica del pronóstico

No debemos olvidar que será el Juez o Tribunal quien, en última instancia, se pronunciará sobre la concurrencia o no de peligrosidad en el agente. En este sentido, y teniendo en cuenta la propia naturaleza de la peligrosidad, es evidente que es inalcanzable la consecución de una certeza absoluta en relación con el juicio de peligrosidad, por lo que ciertas dosis de discrecionalidad por parte del juzgador estarán, en todo caso, presentes a la hora de decretar la aplicación o no de medidas de seguridad y reinserción social. Este hecho hace patente la necesidad de que, una vez decretada la imposición de cualquier medida de seguridad, el pronóstico de peligrosidad que fundamentó dicha decisión sea revisado de forma periódica. En efecto, dicha exigencia deriva del hecho de que el sujeto que fue sometido a la medida en un momento determinado puede no ser más portador de peligrosidad, bien porque nunca fue portador de la misma (y que el juicio de peligrosidad inicial no haya sido acertado) o bien porque después del tratamiento (o, incluso, sin él) dicha característica haya desaparecido.

En este sentido, la decisión que el legislador español ha tomado —en concreto por medio del artículo 98— respecto de esta cuestión parece ser bastante adecuada⁷⁶⁴. En efecto, la revisión anual a la que debe ser sometido el condenado con el fin de evaluar la persistencia o intensidad de la peligrosidad criminal parece garantizar el respeto a la seguridad jurídica así como al sistema de consecuencias jurídicas del delito que fundamentan su imposición en la peligrosidad criminal del condenado, esto es las medidas de seguridad⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ El artículo 98 dispone:

“Artículo 98.- A los efectos del artículo anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

2. Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

3. En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.”

⁷⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ se muestra crítico al respecto pues señala que “la imposición de la medida de libertad vigilada no parece vincularse a un juicio de peligrosidad efectuado por el Juez o Tribunal sentenciador, sino presumirse directamente a partir de la condena por uno o varios delitos (sexuales, en el caso concreto). Sólo para el caso del

3.3. Límites a la privación de libertad

Como habíamos indicado en el Epígrafe I del presente Capítulo, la eventual incorporación de las medidas de seguridad privativas de libertad anteriormente indicadas⁷⁶⁶ precisa, necesariamente, de un límite temporal previamente establecido por la norma penal. Esta exigencia, deriva, como ya indicábamos en el Epígrafe 2.1.b) del Capítulo V, de la imposibilidad de establecer el límite de la imposición de una medida de seguridad en función, exclusivamente, de la peligrosidad criminal que porta el sujeto.

En este sentido, y dado que habíamos sugerido la idea de que el criterio de proporcionalidad correcto para establecer la clase y duración de la medida tendría que desarrollarse bajo el prisma del mandato constitucional de prohibición de los tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, y siempre sumiendo que muchas veces el Derecho penal no será efectivo para conjurar la peligrosidad de determinados delincuentes.

Por esta razón, creemos conveniente proponer que, en relación con el límite de la privación de libertad (cuando este sea el efecto causado por la imposición de la medida de seguridad), podría establecerse un máximo de 10 años —tal y como estaba previsto en la formulación original del StGb Alemán en 1933—, tras lo cual el sujeto tendría que recuperar su libertad y, en caso de

delincuente primario condenado por un único hecho parece abrirse al Tribunal la opción de no imponer la medida en atención a la «menor peligrosidad» del sujeto. A partir de ahí, lo determinante es la decisión sobre la ejecución de la medida”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁶⁶ Esto es el internamiento en un centro de terapia social y el internamiento en un centro de custodia.

no haber conseguido los objetivos terapéuticos perseguidos mediante la imposición de la medida, ser sometido a un régimen de libertad vigilada que también se encuentre limitado por el periodo anteriormente indicado.

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES

A la vista de las reflexiones esbozadas en el presente trabajo de investigación, elevo a continuación las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Las discusiones que giran en torno al análisis de las respuestas penales que el Estado de Derecho debe articular para el tratamiento del delincuente imputable peligroso se han visto claramente revitalizadas a lo largo de los últimos años. Los factores que, de forma determinante, han hecho posible tal fenómeno son los siguientes: **a)** el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), pues ello ha posibilitado que ante la comisión de determinado delito —que, a pesar de su gravedad, podría ser aislado o formar parte de una clase de infracciones raramente cometidas— la sociedad se vea sumida en un estado de emergencia del cual necesita salir a toda costa; **b)** el desarrollo y perfeccionamiento de nuevas formas de responder ante la actividad delictiva (tales como el control telemático o los modernos programas de terapia social); y, finalmente, **c)** el creciente interés político y social por la articulación de una respuesta que cumpla, satisfactoriamente, con el aseguramiento de los bienes jurídicos más importantes de los miembros de la sociedad, frente a los posibles ataques que deriven de la peligrosidad manifestada por esta clase de delincuentes [*vid. supra* INTRODUCCIÓN].

SEGUNDA: El repaso de los discursos penales y criminológicos que de una u otra forma sentaron las bases para la estructuración de las políticas legislativas que trataron el tema antaño en la sociedad, nos muestra que una nota característica del tratamiento penal dispensado para esta clase de delincuentes estuvo constituida por la persecución de una serie de finalidades de marcado carácter preventivo. Conviene resaltar, en este sentido, que la inocuización del delincuente fue el mecanismo adoptado de forma habitual para la contención de la peligrosidad criminal que portaban algunos delincuentes. De esta forma, el tratamiento penal dispensado en estos casos estaba constituido por la aplicación sistemática de las tres formas más cruentas de inocuización de las que el *ius puniendi*, en aquel momento, disponía: la pena de muerte, la deportación o, finalmente, la prisión perpetua [*vid. supra* CAPÍTULO I].

TERCERA: En el Derecho penal contemporáneo, un fenómeno que ha caracterizado el desarrollo legislativo de la materia que ocupa nuestra atención, es el constituido por la llamada “estructura discursiva de las emergencias”. En efecto, la legitimación de reacciones penales de diversa naturaleza y duración en función de la previa aceptación de la existencia de un grave peligro para los bienes jurídicos más importantes de la sociedad es una costumbre —de larga data [*vid. supra*, CAPÍTULO I, 1.2]— que los legisladores no ha podido abandonar.

CUARTA: La estructura discursiva de las emergencias, potenciada por el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación, es alimentada y fomentada, en la actualidad, por tres clases de *gestores atípicos de la moral*: **a) los medios de comunicación informativos:** que se encargan de difundir la idea de que la sociedad realmente está sumida en una suerte de “estado de emergencia” por la amenaza de los delincuentes imputables peligrosos, muchas veces magnificando el peligro derivado de la emergencia

con el objeto de hacer más interesantes y necesarios sus productos (diarios, suscripciones, etc.); **b)** *los grupos de presión social*: asociaciones, grupos, colectivos, ONG's que alarmados, ora por la presión mediática, ora por haber sufrido en carne propia la materialización de la lesión que se esperaba derivase de la emergencia, impulsan, apoyan y promueven una serie de mecanismos que permitan la ampliación y exasperación del *ius puniendi*, **c)** *los partidos políticos con representación en los parlamentos*: pues, tentados por obtener un índice de aceptación o aprobación social, instrumentalizan las emergencias — previamente exageradas, como vimos, por los dos gestores atípicos de la moral anteriores— con el objetivo de conseguir una serie de beneficios para sus respectivos partidos políticos o, en todo caso, para los candidatos presentados por éstos [*vid. supra*, CAPÍTULO II, 1.1].

QUINTA: Hemos comprobado que la mencionada estructura discursiva de las emergencias en la actualidad ha coaccionado al legislador penal hasta el punto de forzarle —en muchos de los casos, pese a la (casi) total oposición de la doctrina penal contemporánea— a establecer una serie de consecuencias jurídicas del delito para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso de marcado carácter inocuizador. En este sentido, resultan paradigmáticas las experiencias vividas en relación con la exacerbación de la custodia de seguridad en Alemania [*vid. supra*, CAPÍTULO II, 1.2.1], la creación de medidas humillantes, tales como los denominados registros de delincuentes sexuales peligrosos [*vid. supra*, CAPÍTULO II, 1.2.2] o, finalmente, el establecimiento de mecanismos de control telemático del condenado [*vid. supra*, CAPÍTULO II, 1.2.3] que, recordemos, en algunos supuestos puede tener una duración ilimitada, en concreto en los países anglosajones del norte de Europa y de América.

SEXTA: No obstante, los índices de criminalidad reales no parecen justificar el recurso a la estructura discursiva de las emergencias (véase el análisis efectuado sobre el caso español en el CAPÍTULO II, 1.3), pues las estadísticas analizadas revelan que existe un bajo índice de reincidencia violenta grave —sexual y de delitos contra la vida— cometida por delincuentes peligrosos. Conviene apuntar que esta realidad no únicamente ha sido reconocida por los agentes gubernamentales oficiales encargados de desarrollar las operaciones estadísticas de interés para la comunidad y el Estado; sino que también ha encontrado cobijo dentro de producción del propio legislador español (cfr. Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*). Esta realidad confirma que el recurso a la estructura discursiva de las emergencias halla su fundamento en datos imprecisos o erróneos, por lo que no parece el medio adecuado para justificar la expansión del Derecho penal a pesar, como se ha dicho, del discurso de la *ultima ratio*. La cuestión radica, por el contrario, en el hecho de que el sistema penal español arrastra desde hace tiempo —concretamente desde el 95— una serie de carencias e insuficiencias en relación con el tratamiento del delincuente imputable peligroso que sólo se han visto relativamente superadas con la reciente modificación del CP operada en junio de 2010. Sin embargo, como hemos visto, el dato que no parece haber variado de forma significativa con el paso de los años es el constituido por los índices de reincidencia de delitos especialmente graves, pues éstos han mantenido un promedio anual que, creemos, no es suficiente como para recurrir al discurso de las emergencias [*vid. supra*. Capítulo II].

SÉPTIMA: En lo tocante al tema de la peligrosidad criminal, además de haberse abordado la cuestión de la superación de las añejas categorías criminológicas de delincuentes que, se pensaba, eran portadoras de peligrosidad

(esto es, brujas, herejes, anarquistas, vagos, etc.) hemos apuntado la necesidad de distinguir entre categorías de delincuentes que durante los últimos años han sido confundidas por una buena parte de la doctrina contemporánea. En este sentido, las categorías de delincuente habitual, por tendencia, delincuente reincidente o multirreincidente merecen un estudio específico y diferenciado (sin perjuicio de que en algunas oportunidades sus características se solapen entre sí) pues no es correcto utilizar dichas denominaciones para referirse al llamado delincuente imputable peligroso [*vid. supra*, CAPÍTULO III, 2].

OCTAVA: Por otra parte, cabe indicar que la cuestión del juicio de peligrosidad ha sido abordada detalladamente. La investigación nos ha llevado a analizar el tema de los métodos e instrumentos desarrollados, especialmente a lo largo de los últimos años, por la Psicología y Psiquiatría forenses con el fin de dotar al juez de una base que le permita elaborar la prognosis criminal con mínimas probabilidades de error. No cabe duda que con el pasar del tiempo, las ciencias mencionadas han experimentado un importante desarrollo técnico-científico por lo que, del análisis de los últimos adelantos en lo que respecta al estado de los métodos e instrumentos de evaluación de peligrosidad, podemos concluir con que la fiabilidad que dichas pruebas aportan al juez es más que suficiente para él pueda asegurar o descartar la presencia de peligrosidad criminal en un sujeto determinado (recuérdese que la eficacia predictiva de algunos de los métodos más modernos es altamente fiable —especialmente la del *Violence Risk Appraisal Guide (VRAG)* / *Sex Offender Risk Appraisal Guide (SORAG)*—).

NOVENA: No cabe duda que el legislador español ha dado un gran giro — con la última reforma de Junio de 2010— al introducir el sistema dualista de consecuencias jurídicas del delito para el delincuente imputable peligroso, corrigiendo así, al menos en alguna medida, las carencias de la formulación original del CP de 1995. Es necesario recordar que con anterioridad a dicha

reforma, la aplicación de medidas de seguridad estaba destinada única y exclusivamente para sujetos inimputables o, al menos, semiimputables. En este sentido, en los casos en los que se juzgaba a delincuentes imputables peligrosos, la práctica judicial del Estado tuvo que recurrir, de forma residual, a la agravación de la pena por medio de la apreciación de la agravante de reincidencia o a la negación de la aplicación de ciertos beneficios penales (a. Declarar la imposibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad; b. Declarar la imposibilidad de la sustitución de las penas privativas de libertad; y, finalmente, c. Declarar la imposibilidad de la concesión del beneficio de la libertad condicional).

DÉCIMA: Sin embargo, creemos que dicha situación —esto es, el recurso a la agravación o a otra incidencia en la pena— no era compatible con varios de los principios que el Derecho penal ha conseguido desarrollar e incorporar, por lo que concluimos con la idea de que el recurso a la agravación de la pena no es aconsejable, tanto desde un punto de vista dogmático-penal como desde una perspectiva de política criminal. En efecto, debemos resaltar los siguientes puntos de conflicto:

A) Principio de culpabilidad: Como sabemos se erige como el principal límite formal y material de la intervención del *ius puniendi* —a través, claro está, de la imposición de penas— en la medida en que la determinación de la clase de pena que haya que aplicar a un caso concreto, así como la cuantificación de la misma no podrán exceder la medida de la culpabilidad de la que gozaba el sujeto al momento de cometer el delito. En este sentido, conviene resaltar de forma especial el hecho de que, teniendo como base la exigencia del respeto de la dignidad humana (fundamento del mencionado principio), no puede imponerse una pena que de una u otra forma sobrepase los límites de la culpabilidad del agente, pues ello supondría la cosificación del condenado, claro está, al ser utilizado como medio para la satisfacción de otros fines sociales —v. gr. la seguridad pública—.

B) Principio de proporcionalidad: No cabe duda de que, como ha señalado la doctrina más autorizada, la proporcionalidad entre el delito y la pena es una exigencia de justicia. La pena, al tener su fundamento en la gravedad del delito cometido, esto es, en la medida de lo ilícito y de la culpabilidad debe ser graduada dentro de los límites del marco penal establecidos en el Código Penal de forma proporcional a la mencionada gravedad de la infracción. Una agravación de la pena que no guarde proporción con los límites de la culpabilidad del agente atentaría claramente contra el principio de proporcionalidad y constituiría una práctica que, contraria al reconocimiento constitucional privilegiado que se establece para la dignidad humana, vulneraría el mandato constitucional que establece la tutela de la dignidad humana (artículo 10º CE).

Antes de pasar al siguiente punto es importante anotar que hemos llegado a la conclusión, coincidiendo con una parte de la doctrina española, de que así como pueden darse casos en los que la pena pueda agravarse a través de la aplicación de la agravante de reincidencia —por haber revelado el sujeto un mayor grado de culpabilidad— es innegable que pueden configurarse algunos supuestos de delincuentes imputables peligrosos a los que deba imponerse una pena atenuada o que bordee los límites inferiores del marco penal establecido para el caso concreto. Y ello en la medida en que pueden presentarse situaciones en las que la culpabilidad del sujeto se muestra disminuida porque no ha dispuesto de más opciones para decidir sobre su conducta, al no haber recibido previamente, por ejemplo, un tratamiento adecuado para promover su reinserción social.

C) Derecho penal de autor y Derecho penal del enemigo: La imposición o agravación de una pena en función de una característica del autor en la que se deposita el desvalor (v. gr. la peligrosidad criminal) debe ser

entendida como la principal característica de lo que la doctrina viene denominando “Derecho Penal de autor”. En este mismo sentido, la doctrina mayoritaria ha entendido que dicha situación también podría constituir algunos de los supuestos que tienen cabida dentro del llamado “Derecho penal del enemigo”. Es innegable que el problema del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso constituye un tema que, por las características que le son propias, se muestra altamente expuesto a caer dentro de planteamientos que al final de cuentas deben ser concebidos como patentes manifestaciones del Derecho penal de autor (y del Derecho penal del enemigo), en la medida en que puede sostenerse, que el recurso a la agravación de la pena constituye la vía adecuada para tratar la peligrosidad criminal de los delincuentes imputables.

Como hemos sostenido a lo largo del trabajo, creemos que bajo las premisas de ambos planteamientos, se produce una patente vulneración de varios principios y garantías derivados del Estado de Derecho tales como: el principio de culpabilidad, la prohibición constitucional de imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, como concreción de la vulneración de la dignidad humana, el principio de *nullum crimen sine conducta* y, finalmente, el principio de *nullum crimen sine lege*.

DECIMOPRIMERA: Por el contrario, las medidas de seguridad y reinserción social, cuyo fundamento es la peligrosidad criminal del delincuente, constituyen el mecanismo adecuado para tratar al delincuente imputable peligroso. Esta propuesta es sostenible en la medida en que su adecuada aplicación no parece vulnerar ni entrar en conflicto con los principios y garantías que tienden a contener las manifestaciones más cruentas del poder punitivo estatal. Nuestras apreciaciones en torno a esta cuestión pueden ser esquematizadas de la siguiente manera:

A) Principio de culpabilidad: No cabe duda de que la imposición de una medida de seguridad no colisionaría con el principio de culpabilidad en la medida en que la forma y duración de aquella no se determina en función de la mayor o menor culpabilidad del condenado sino en función de la peligrosidad criminal del mismo. En este sentido, creemos que el recurso al Derecho de medidas por medio de la aplicación del sistema dualista (acumulación pena-medida) como mecanismo para tratar la peligrosidad criminal de un sujeto imputable, puede, a su turno, permitir que, en el ámbito de la determinación de la pena se aprecie alguna atenuante de la responsabilidad o, incluso, que no se aprecie la agravante de reincidencia aun cuando se hayan cumplido sus requisitos formales pero el agente no haya mostrado un mayor grado de culpabilidad.

B) Principio de proporcionalidad: Como hemos visto, una de las principales objeciones planteadas al Derecho de medidas como respuesta para el tratamiento penal del sujeto imputable peligroso, es la que apunta al hecho de que si partimos de la idea de que la clase y duración de la medida han de ser determinadas en función de la peligrosidad del agente, entonces puede llegarse a imponer medidas de seguridad privativas de libertad indeterminadas e, incluso, perpetuas. No obstante —y trabajando bajo la premisa de que siempre existirá un índice de riesgo que, quiera la sociedad o no, amenace algunos bienes jurídicos importantes— creemos que el criterio de proporcionalidad correcto tendría que establecerse bajo el prisma del mandato constitucional de prohibición de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y siempre asumiendo que muchas veces el Derecho penal no será efectivo para conjurar la peligrosidad de determinados delincuentes.

C) Derecho penal de autor: Ante la argumentación, sostenida por un sector de la doctrina, que señala que el recurso al Derecho de medidas también

constituiría una manifestación del Derecho Penal de autor, en la medida en que a la vista de que se impone a una persona dotada de cierta personalidad (modelo criminológico) no una pena propiamente dicha, sino más bien una consecuencia jurídica del delito cuya única diferencia con aquella radica en el nombre —de allí que para este sector doctrinal este hecho constituya el llamado “fraude de etiquetas”—, creemos que tal alegato queda desvirtuado si tenemos en cuenta que la diferencia entre las penas y las medidas de seguridad y reinserción social no sólo radica en el nombre —en la “etiqueta” si se quiere— sino que además se materializa por medio de sus diferentes fundamentos y fines.

Dicha situación puede ser prevenida si la medida se mantiene fiel a su fundamento y fines, por lo que el aseguramiento del cumplimiento de ciertas circunstancias (medios e instalaciones adecuados para el cumplimiento de la medida, revisión periódica del pronóstico de peligrosidad, etc.) jugaría un papel fundamental.

D) Principio de *ne bis in idem*: Como hemos visto, el recurso a la imposición de una medida de seguridad con posterioridad al cumplimiento de la pena respectiva, puede dar lugar a que se considere que el juzgador ha impuesto dos respuestas penales —pues tanto la pena como las medidas de seguridad, efectivamente, lo son— por la comisión de un mismo hecho. Sin embargo, creemos que mediante la imposición de una medida de seguridad no se está volviendo a condenar un hecho ejecutado y condenado anteriormente, sino más bien un hecho actual y presente en el momento en el que se dicta la sentencia. Si partimos de la idea de que la peligrosidad es una característica de la personalidad del sujeto que por sí sola es suficiente para justificar la imposición de una medida de seguridad, en los supuestos en los que ésta persista aún después de haberse cumplido la pena, no se estaría violentando el

principio de *ne bis in idem* en tanto que la segunda reacción penal se impone por una causa (la peligrosidad) distinta a la que motivó la imposición de la pena ejecutada con anterioridad (culpabilidad del agente). En esta línea de ideas, creemos que que tampoco se configurará una infracción del *ne bis in idem* cuando se imponga *a posteriori* una medida de seguridad, siempre que ésta estuviera prevista en la sentencia y que se hiciera depender también de la evolución del condenado durante la ejecución de la pena impuesta en función de su culpabilidad, tal y como se ha concretado con la reciente reforma penal de 2010.

DECIMOSEGUNDA: Hemos indicado que en nuestra opinión el recurso al Derecho de medidas constituye, en términos generales, la solución más satisfactoria para el tratamiento del delincuente imputable peligroso. No obstante, el análisis crítico de las medidas de seguridad utilizadas en Derecho comparado nos ha llevado a concluir que no cualquier medida de seguridad puede aplicarse al delincuente imputable peligroso sin vulnerar los derechos fundamentales y otras garantías de carácter tanto constitucional como penal:

A) Custodia de seguridad: Creemos que esta medida podría ser legitimable, en la medida en que la persistencia de peligrosidad criminal en el agente posibilita que, en concordancia con el *principio de salvaguarda del interés preponderante de protección de la libertad y seguridad de todos*, pueda considerarse compatible la imposición de medidas de seguridad a sujetos peligrosos plenamente imputables en la medida que el interés de la seguridad común reviste mayor valor que el interés del autor por la conservación de su libertad. De la misma forma y coincidiendo con el TC alemán, creemos que la custodia de seguridad no lesiona la dignidad humana en la medida en que con ella se posibilita una vida responsable en libertad.

Sin embargo queda claro que, en las modalidades más cruentas de la custodia de seguridad (la impuesta por tiempo indeterminado) representa un mal considerablemente mayor que el que se trata de evitar, por lo cual la medida debe ser rechazada por vulnerar el principio de proporcionalidad inherente al Estado de Derecho. Por otra parte, la custodia de seguridad de carácter indeterminado no parece justificable en el plano de la estricta *necesidad*, entendida ésta en el sentido de que no existan otros medios menos perjudiciales de injerencia estatal a los que poder recurrir para hacer frente a esta clase de delincuentes y para tratar de evitar que éstos cometan nuevos delitos en el futuro.

B) Libertad vigilada: La introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada, en definitiva, constituye un certero paso en relación con el tema del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. Ello en la medida en que por primera vez en España se ha pensado en abordar el dicho problema desde la perspectiva del derecho de medidas. Es evidente [como veremos en los párrafos siguientes] que el sistema estructurado aun adolece de ciertas imperfecciones, pero la declaración de intenciones que el legislador ha exteriorizado por medio de la incorporación de la mencionada medida al catálogo de consecuencias jurídicas del delito, parece constituir un firme primer paso por el abordaje del tema.

Como también hemos señalado, la regulación de la libertad vigilada adolece de algunos importantes defectos de fondo —sin perjuicio de los defectos de carácter formal o de menor entidad que hemos señalado en el texto—:

b.1) Con la incorporación en la reforma penal de 2010 de una nueva medida de seguridad (esto es, la libertad vigilada) aplicable únicamente en dos supuestos concretos (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y de terrorismo), el legislador nuevamente ha expandido los presupuestos de aplicación del sistema penal con base en, principalmente, las apreciaciones derivadas del discurso

legitimante de emergencia que ha operado en la Península los últimos años con notable éxito [Véase el Capítulo VI, Epígrafe, 2.2.]. Dicho discurso, y sus consecuencias para el Estado de Derecho, como hemos visto [Véase el apartado Quinto de este Capítulo], son del todo rechazables por los costes iusfundamentales que, a través de él, pueden materializarse.

b.2) De otro lado, la previsión de que la medida de libertad vigilada es de aplicación únicamente en estos dos supuestos (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y de terrorismo) importa un grave error al desaprovecharse el recurso a esta medida como medio para tratar otros tipos de peligrosidad criminal especialmente grave —por ejemplo las relacionadas con los delitos contra la vida (en especial los casos de asesinatos en serie), salud, integridad física, libertad ambulatoria, etc.— para los que también estaría indicada [Véase el Capítulo VI, Epígrafe 2.2.1, Letra A].

b.3) En lo tocante a la ejecución de la nueva medida, creemos que es necesaria la creación de la figura del agente o asistente de la libertad vigilada. Este funcionario tendría que ser el profesional del sector penitenciario que se encargue de realizar el seguimiento de la evolución del sujeto así como el asesoramiento en asuntos de reinserción social [Véase el Capítulo VI, Epígrafe 2.2.1, Letra B]. Las funciones, cometidos y otros aspectos relacionados tendrían que ser desarrollados normativamente.

Posibilidad de aplicación de la castración química y otras terapias médicas y de control en la reforma penal de 2010.- De otro lado, conviene poner de manifiesto que la última de las obligaciones que es posible imponer al delincuente imputable peligroso nuevamente ha dado paso a la posibilidad de aplicación de una terapia de reducción hormonal reversible (castración química) así como de cualquier otra terapia médica siempre y cuando sea ésta externa (esto es, ambulatoria) [Véase el Capítulo VI, Epígrafe 2.2.2, Letra D].

En este sentido, y dado que el legislador ha dado un paso mucho mayor que el que ha proclamado en el Preámbulo que antecede al texto de Reforma del Código Penal, creemos que era necesario que se pronuncie sobre el tema, pues la imposición de una medida de esta naturaleza no puede librarse al arbitrio del intérprete de turno de la ley —como, de hecho, lo ha hecho la jurisprudencia—. De otro lado, cabe indicar que la naturaleza de esta obligación no guarda una vinculación estrecha con la noción de “libertad vigilada” pues constituye una medida de seguridad que debió ser recogida de forma autónoma [Véase el Capítulo VI, Epígrafe 2.2.2, Letra D].

De otro lado, la reforma también ha incorporado la posibilidad de imponer la obligación de someterse a un control médico periódico que, ante la ausencia de pronunciamiento al respecto, creemos que puede desarrollarse a través de procedimientos invasivos (v. gr. tomas de muestras de sangre para analizar los niveles de testosterona tratados por medio de la castración química) [Véase el Capítulo VI, Epígrafe 2.2.2, Letra D].

Es importante señalar que la previsión incluida en el nuevo apartado k) tiene cabida únicamente cuando esté dirigida al tratamiento del delincuente sexual peligroso que haya sido declarado inimputable o, al menos, semiimputable, pues, como es obvio, un sujeto imputable peligroso no precisa de tratamiento alguno a no padecer alguna anomalía o patología que condicione su conducta.

Finalmente, conviene resaltar que a pesar de que la exigencia del consentimiento no está incluida en el propio texto del modificado artículo 106, sí que se encuentra dentro las disposiciones generales sobre las medidas de seguridad, en concreto en apartado 3 del artículo 100. En efecto, la nueva redacción de dicho apartado dispone: “[...] A estos efectos, *no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un*

tratamiento médico inicialmente consentido.” [Véase el Capítulo VI, Epígrafe 2.2.2, Letra D]

Control telemático: Hemos llegado a la conclusión de que la posible vulneración del derecho a la intimidad (sin importar el tipo de tecnología utilizada para el realizar el seguimiento) puede ser admitida si planteamos el problema desde la perspectiva de la ponderación de los intereses que están en juego.

En efecto, entre la salvaguarda de algunos de los ámbitos del derecho a la intimidad (pues queda claro que el control satelital no vulnera la mayoría — o mejor dicho, no vulnera la totalidad— de los aspectos que forman parte del contenido del derecho a la intimidad) y los intereses de defensa social (en vista de los posibles efectos intimidatorios o desalentadores que la medida produciría sobre el sujeto monitorizado), así como el interés por la persecución efectiva de los delitos que vuelva a cometer (en el caso de que lo haga) y, finalmente, los intereses de carácter preventivo-especial que puedan conseguirse mediante la aplicación de esta medida (es decir, el brindarle al delincuente una nueva oportunidad para que consiga adaptar su sistema de acción a las leyes constitutivas del orden social) tendríamos que decantarnos por preservar estos últimos, sacrificando, por ello, algunos aspectos del derecho a la intimidad del condenado.

De otro lado, hemos concluido en la idea de que no estaría justificado —al menos desde la perspectiva de la *estricta necesidad*, entendida ésta en el sentido de que no existan otros medios menos perjudiciales de injerencia estatal a los que poder recurrir— el uso del control telemático desarrollado mediante la implantación del indicador en el interior del cuerpo del condenado dado que, efectivamente, existen en el mercado mecanismos que no precisan de la ejecución de una intervención invasiva en el cuerpo humano. Conviene

dejar constancia de que nuestro análisis ha arrojado como resultado la compatibilidad de ésta modalidad de ejecución de la medida con el derecho a la integridad física no colisionaría con la prohibición de la ejecución de un trato cruel, inhumano o degradante.

C) Los registros especiales y la notificación a la comunidad: Hemos concluido en la idea de que el recurso a este sistema es rechazable por las siguientes razones: En primer lugar, porque, sin duda, constituye una respuesta alarmante —y, al mismo tiempo, humillante— que puede dar pie al fortalecimiento de la estructura discursiva de las emergencias y con ello a la legitimación de otras tantas respuestas que eventualmente vulneren las garantías establecidas por el Derecho [Véase el Capítulo II].

Por otra parte, dicha medida puede traer como consecuencia que los miembros de la sociedad donde se aplica reaccionen de forma violenta contra el condenado, causándole, además de daños físicos, marginación y segregación, lo cual es rechazable en un Estado de Derecho al concretarse una serie de consecuencias que no guardan relación con la propia medida. Por esta razón, la medida de seguridad del registro y notificación a la comunidad se presenta como una medida disfuncional para el Derecho Penal, pues no presta las garantías necesarias para la efectiva protección de la integridad física/psicológica e, incluso, la vida de los ciudadanos sometidos a ella.

Finalmente conviene resaltar que dicha medida vulnera claramente el *principio de adecuación de medida a un fin determinado*. En efecto, como sabemos, la exigencia de que toda medida de seguridad deba estar orientada a la consecución de ciertos fines preventivo-especiales (sean estos terapéuticos o inocuidadores) constituye una exigencia que deriva del respeto al principio de proporcionalidad. Así, con la imposición de esta medida, es seguro que se vean mermadas las escasas potencialidades preventivo-especiales de la misma.

D) La castración química: La doctrina jurídico-penal ha mostrado casi total unanimidad al considerar que la aplicación de esta medida constituiría una patente vulneración del principio de proporcionalidad, pues la afectación a ciertos derechos fundamentales (principalmente los relacionados con la integridad física y psíquica del condenado a la vista de los efectos secundarios producidos por el fármaco administrado) resulta claramente mayor que la eventual inocuización de la peligrosidad criminal del condenado. De otro lado, dado que su eficacia ha sido altamente cuestionada (al menos en los casos en los que el ataque no está relacionado con la producción hormonal) podríamos concluir en la idea de la incorporación de esta medida y su aplicación sistemática e indiscriminada, en muchos supuestos vulneraría el ya mencionado *principio de adecuación a fin*, fundamental, como vimos, para la correcta estructuración de toda medida de seguridad.

Finalmente, cabe concluir en la idea de que la medida sin duda ostenta un carácter claramente atentatorio contra la dignidad y los derechos humanos —pues implica un menoscabo de la integridad corporal y una alteración de la personalidad del individuo—. Coincidimos con la doctrina dominante al señalar que dicha medida únicamente podría ser ofrecida como parte complementaria y voluntaria del tratamiento terapéutico de la peligrosidad criminal del sujeto —como de hecho ha sido introducida en la reforma penal de 2010—, siempre y cuando esté indicada para ello y se encuentre completamente desvinculada del cumplimiento de la pena o de otra medida de seguridad.

E) La psicocirugía: Dadas las consecuencias psico-somáticas de esta medida, consideramos que una eventual incorporación de la psicocirugía al ordenamiento jurídico-penal español, además de colisionar con el derecho a la integridad física y psíquica, la dignidad de la persona, y su derecho al libre

desarrollo de la personalidad, implicaría una clara afectación al principio de proporcionalidad en vista del daño desmesurado que se ocasionaría al condenado. Resulta innegable que, en este supuesto, los intereses de defensa social, así como los intereses de carácter preventivo-especial que puedan conseguirse mediante la aplicación de esta medida no son suficientes para justificar una intervención tan brutal como la personificada por la psicocirugía. De otro lado, queda claro que a ello podríamos sumar la idea de que en algunos supuestos dicha medida patentemente vulneraría el *principio de adecuación a un fin determinado* (en vista de que en algunos supuestos la peligrosidad criminal puede no tener su origen en los sistemas neuronales que se esperan modificar).

Finalmente, conviene resaltar que el desarrollo de las técnicas de neuromodulación o neuroestimulación (que, recordemos, no precisan una intervención invasiva en el cuerpo y tienen una serie de efectos completamente reversibles) abrirá al Derecho una nueva posibilidad para el tratamiento de la peligrosidad criminal.

DECIMOTERCERA: De todo lo visto hasta aquí, creemos conveniente resaltar la idea de que no es posible articular una respuesta penal que de forma genérica sirva para tratar la peligrosidad de cada uno de los tipos criminológicos de delincuentes imputables portadores de dicha característica — recordemos que podemos encontrarnos frente a podemos encontrarnos ante delincuentes criminalmente peligrosos jóvenes y adultos, habituales y no habituales, reincidentes y no reincidentes y, finalmente, corregibles e incorregibles—.

En este sentido, creemos fundamental la incorporación de dos nuevas medidas de seguridad y reinserción social: La medida de *internamiento en un centro de terapia social* —aplicada de forma vicarial e indicada para aquellos

delinquentes que puedan, eventualmente, ser rehabilitados— y la medida de *internamiento en un centro de custodia*, —aplicada con las condiciones del sistema dualista e indicada para aquellos delinquentes imputables peligrosos a los que no pueda aplicarse la medida de internamiento en un centro de terapia social, bien porque no hubiesen aceptado participar en el programa terapéutico, o bien porque se prevea que sobre ellos la terapia no surtiría el efecto deseado (por tratarse de sujetos incorregibles)—. En ambos casos tendrá que establecerse un periodo máximo de tiempo por cual puedan ser condenados. Creemos que podría pensarse en los términos establecidos por el StGb en 1933, en los que la custodia no podía exceder de 10 años, pues de esta forma la imposición de dicha medida privativa de de libertad no afectaría, como hemos visto, al principio de proporcionalidad y a los derechos fundamentales [Véase, Capítulo VI, epígrafe 3.1.3.].

DECIMOCUARTA: Un aspecto fundamental en relación con la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a sujetos criminalmente peligrosos (sean estos imputables, semiimputable o inimputables) es el constituido por la revisión periódica de los presupuestos de la medida. En efecto, si partimos de la base de que una medida de seguridad encuentra su razón de ser en la peligrosidad criminal portada por el sujeto al que se la impone, debemos afirmar que la medida debe cesar en el momento en el que la peligrosidad sea conjurada. Una herramienta fundamental para ello es el establecimiento de ciertos periodos dentro de los cuales habría que elaborar nuevamente un pronóstico de peligrosidad. En este sentido, la Reforma Penal de 2010 ha establecido que dicha revisión debe efectuarse de forma anual, lo cual no solo parece aceptable sino también aconsejable bajo el prisma de la compatibilidad de la imposición de la medida con las garantías y principios básicos de un Estado de Derecho.

DECIMOQUINTA: Para los casos en los que el sujeto haya recuperado su libertad (por haber cumplido el máximo de tiempo permitido para estar internado en un centro de terapia social o en un centro de custodia), un mecanismo que se ha mostrado eficaz en la prevención (al menos desde el punto de vista general positivo) es la constituida por la medida de seguridad de *libertad vigilada* a través de mecanismos electrónicos [control telemático, vid. *supra*, Capítulo VI, epígrafe 2.2.], por lo que nos parece acertada su reciente inclusión en el Código Penal a través de la reforma de 2010.

DECIMOSEXTA: Como sabemos, con la reforma del Código penal de junio del 2010, el legislador español ha dado un importante giro en relación con los sistemas de aplicación de las consecuencias jurídicas del delito, por medio de la introducción del sistema dualista para delincuentes imputables peligrosos. En este sentido, todo parece indicar que la tendencia que la política legislativa seguirá a lo largo de los siguientes años está constituida por la búsqueda, cuando se pueda, del tratamiento de la peligrosidad criminal manifestada por ciertos delincuentes imputables, ya sea por medio de la introducción de mecanismos terapéuticos o, en su caso, inocuidadores. En este sentido, creemos que la reforma penal de 2010 constituye en España el primer paso por abordar el tema desde esta perspectiva.

ANEXO I

ESTADÍSTICAS DE CONDENADOS POR LA COMSIÓN DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES¹ EN ESPAÑA (TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO Y LA EDAD)

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 1998

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
981 (100%)**

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	108 (11% ²) 73 ³ 4 (0.4%) ⁴	Hombres	105	16 - 17	0
				18 - 20	1
				21 - 25	10
		Mujeres	1	26 - 30	20
				31 - 35	17
				36 - 40	17
		No consta	2	41 - 50	17
				51 - 60	10
				61 - +	2
				No consta	14
		TOTAL	108	TOTAL	108

		SEXO	
NO REINCIDENTES	742	Hombres	720
		Mujeres	15
		No consta	7
		TOTAL	742

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	131	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	131

¹ Estas estadísticas incluyen a todos los delitos comprendidos en el Título VIII del CP (Agresiones, abuso, acoso, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

² Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Libro II, Título VIII CP).

³ Número de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

⁴ Número y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): **REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES¹ EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 1999

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
974 (100%)**

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	121 (12.42%²) 82³ 10 (1.02%⁴)	Hombres	117	16 - 17	0
				18 - 20	4
				21 - 25	10
				26 - 30	19
		Mujeres	3	31 - 35	21
				36 - 40	15
				41 - 50	22
				51 - 60	11
		No consta	1	61 - +	4
				No consta	15
TOTAL	121	TOTAL	121		

		SEXO	
NO REINCIDENTES	695	Hombres	681
		Mujeres	11
		No consta	3
		TOTAL	695

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	158	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	158

¹ Estas estadísticas incluyen a todos los delitos comprendidos en el Título VIII del CP (Agresiones, abuso, acoso, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

² Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII CP).

³ Número de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

⁴ Número y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): **REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES¹ EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2000

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
993 (100%)**

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	119 (11.98%²) 80³ 16 (1.61%⁴)	Hombres	118	16 - 17	1
				18 - 20	2
				21 - 25	13
				26 - 30	19
		Mujeres	0	31 - 35	20
				36 - 40	14
				41 - 50	21
		No consta	1	51 - 60	6
				61 - +	8
				No consta	15
TOTAL	119	TOTAL	119		

		SEXO	
NO REINCIDENTES	694	Hombres	681
		Mujeres	13
		No consta	0
		TOTAL	694

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	180	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	180

¹ Estas estadísticas incluyen a todos los delitos comprendidos en el Título VIII del CP (Agresiones, abuso, acoso, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

² Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII CP).

³ Número de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

⁴ Número y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): **REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES¹ EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2001

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
949 (100%)**

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	119 (12.53%²) 80³ 18 (1.89%)⁴	Hombres	118	16 - 17	0
				18 - 20	1
				21 - 25	9
				26 - 30	15
		Mujeres	1	31 - 35	18
				36 - 40	17
				41 - 50	29
				51 - 60	14
		No consta	0	61 - +	6
				No consta	10
TOTAL	119	TOTAL	119		

		SEXO	
NO REINCIDENTES	652	Hombres	633
		Mujeres	13
		No consta	6
		TOTAL	652

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	178	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	178

¹ Estas estadísticas incluyen a todos los delitos comprendidos en el Título VIII del CP (Agresiones, abuso, acoso, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

² Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII CP).

³ Número de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

⁴ Número y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): **REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES¹ EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2002

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
1057 (100%)**

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	99 (9.36%)² 67³ 17 (1.6%)⁴	Hombres	99	16 - 17	0
				18 - 20	1
				21 - 25	7
				26 - 30	11
		Mujeres	0	31 - 35	22
				36 - 40	14
				41 - 50	18
				51 - 60	8
		No consta	0	61 - +	2
				No consta	16
TOTAL	99	TOTAL	99		

		SEXO	
NO REINCIDENTES	738	Hombres	721
		Mujeres	12
		No consta	5
		TOTAL	738

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	220	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	220

¹ Estas estadísticas incluyen a todos los delitos comprendidos en el Título VIII del CP (Agresiones, abuso, acoso, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

² Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII CP).

³ Número de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

⁴ Número y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): **REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES¹ EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2003

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
1147 (100%)**

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	120 (10.46%²) 81³ 19 (1.65%⁴)	Hombres	117	16 - 17	-
				18 - 20	2
				21 - 25	9
				26 - 30	18
		Mujeres	1	31 - 35	21
				36 - 40	12
				41 - 50	25
				51 - 60	6
		No consta	2	61 - +	3
				No consta	24
TOTAL	120	TOTAL	120		

		SEXO	
NO REINCIDENTES	759	Hombres	736
		Mujeres	21
		No consta	2
		TOTAL	759

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	268	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	268

¹ Estas estadísticas incluyen a todos los delitos comprendidos en el Título VIII del CP (Agresiones, abuso, acoso, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

² Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII CP).

³ Número de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

⁴ Número y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): **REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE**.

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES¹ EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2004

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
1286 (100%)**

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	133 (10.34%²) 90³ 21 (1.63%⁴)	Hombres	126	16 - 17	-
				18 - 20	1
				21 - 25	11
				26 - 30	23
		Mujeres	1	31 - 35	20
				36 - 40	14
				41 - 50	31
				51 - 60	10
		No consta	6	61 - +	3
				No consta	20
TOTAL	133	TOTAL	133		

		SEXO	
NO REINCIDENTES	949	Hombres	895
		Mujeres	24
		No consta	30
		TOTAL	949

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	204	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	204

¹ Estas estadísticas incluyen a todos los delitos comprendidos en el Título VIII del CP (Agresiones, abuso, acoso, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

² Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII CP).

³ Número de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

⁴ Número y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): **REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE**.

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES¹ EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2005

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
1270 (100%)**

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	130 (10.23%²) 88³ 21 (1.65%⁴)	Hombres	126	16 - 17	-
				18 - 20	1
				21 - 25	6
				26 - 30	17
		Mujeres	1	31 - 35	19
				36 - 40	21
				41 - 50	32
				51 - 60	8
		No consta	3	61 - +	9
				No consta	17
TOTAL	130	TOTAL	130		

		SEXO	
NO REINCIDENTES	984	Hombres	929
		Mujeres	21
		No consta	34
		TOTAL	984

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	156	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	156

¹ Estas estadísticas incluyen a todos los delitos comprendidos en el Título VIII del CP (Agresiones, abuso, acoso, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

² Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII CP).

³ Número de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

⁴ Número y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): **REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES¹ EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2006

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
1322 (100%)**

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	146 (11.04%²) 99³ 17 (1.28%⁴)	Hombres	140	16 - 17	-
				18 - 20	3
				21 - 25	12
				26 - 30	11
		Mujeres	0	31 - 35	27
				36 - 40	23
				41 - 50	37
				51 - 60	14
		No consta	6	61 - +	9
				No consta	10
TOTAL	146	TOTAL	146		

		SEXO	
NO REINCIDENTES	1021	Hombres	954
		Mujeres	42
		No consta	25
		TOTAL	1021

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	155	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	155

¹ Estas estadísticas incluyen a todos los delitos comprendidos en el Título VIII del CP (Agresiones, abuso, acoso, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

² Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII CP).

³ N° de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

⁴ N° y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E
INDEMNIDAD SEXUALES EN ESPAÑA
(NO SE TIENE EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO NI LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2007

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
1482 (100%)**

1. Agresiones sexuales	488
2. Abusos sexuales	513
3. Acoso sexual	34
4. Exhibicionismo y provocación	302
5. Prostitución y corrupción de menores	145

REINCIDENTES	163 (11.04%¹) 110² 21 (1.41%³)
---------------------	--

¹ Reincidentes condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (Título VIII CP).

² Número de reincidentes condenados por agresiones y abusos sexuales.

³ Número y porcentaje de condenados con penas graves (4-25 años de prisión): **REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E
INDEMNIDAD SEXUALES EN ESPAÑA
(NO SE TIENE EN CUENTA EL SEXO NI LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2008

**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
1217 (100%)**

1. Agresiones sexuales	334
2. Abusos sexuales	522
3. Acoso sexual	21
4. Exhibicionismo y provocación	161
5. Prostitución y corrupción de menores	179

REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE	17 (1.414%)¹
---	--------------------------------

¹ En vista de que las estadísticas del INE ya no incluyen la variable “reincidencia”, el porcentaje mencionado ha sido calculado con base en el promedio anual de reincidentes de peligrosidad grave que con los que contábamos hasta la fecha (1998-2007).

**CONDENADOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E
INDEMNIDAD SEXUALES EN ESPAÑA
(NO SE TIENE EN CUENTA LA REINCIDENCIA, EL SEXO NI LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2009

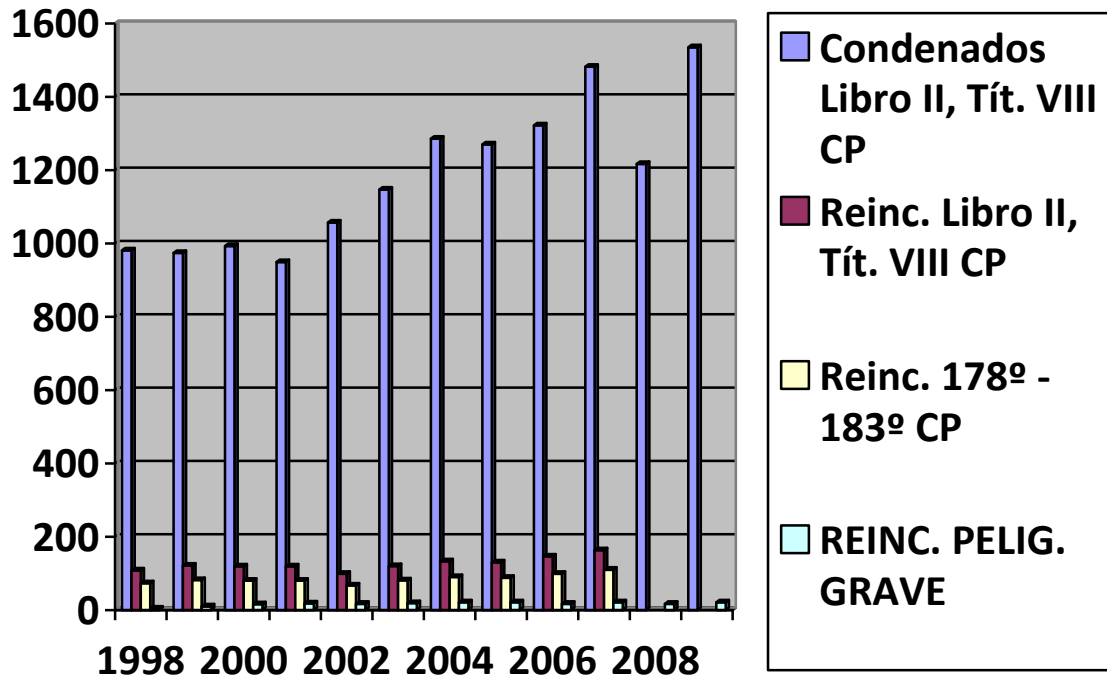
**TOTAL DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES:
1535 (100%)**

1. Agresiones sexuales	423
2. Abusos sexuales	622
3. Acoso sexual	11
4. Exhibicionismo y provocación	192
5. Prostitución y corrupción de menores	278

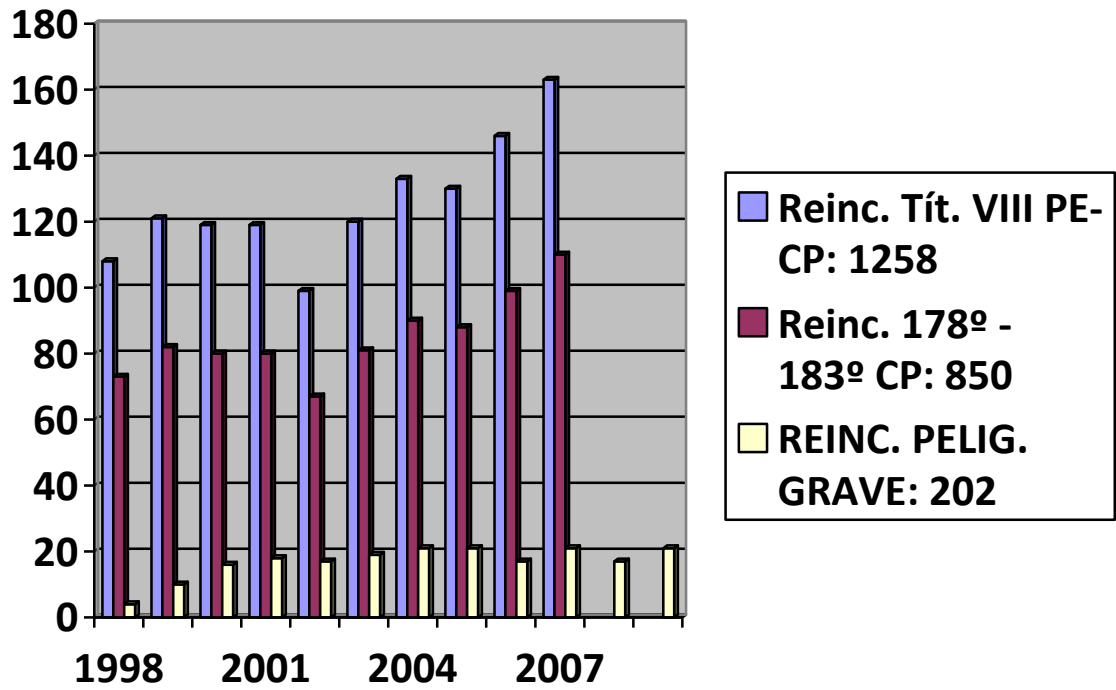
REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE	21 (1.414%)¹
---	--------------------------------

¹ En vista de que las estadísticas del INE ya no incluyen la variable “reincidencia”, el porcentaje mencionado ha sido calculado con base en el promedio anual de reincidentes de peligrosidad grave que con los que contábamos hasta la fecha (1998-2007).

ESTADÍSTICAS CRIMINALIDAD SEXUAL



ESTADÍSTICAS CRIMINALIDAD SEXUAL



ANEXO II

ESTADÍSTICAS DE CONDENADOS POR LA COMSIÓN DE DELITOS DE HOMICIDIO EN ESPAÑA (TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 1998

TOTAL DE HOMICIDIOS: 251

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	39 (15.53%) ¹ 6 (2.39%) ²	Hombres	38	16 - 17	0
				18 - 20	1
				21 - 25	6
				26 - 30	6
		Mujeres	1	31 - 35	12
				36 - 40	3
				41 - 50	4
		No consta	0	51 - 60	2
				61 - +	1
				No consta	4
TOTAL		39	TOTAL	39	

		SEXO	
NO REINCIDENTES	183	Hombres	172
		Mujeres	11
		No consta	0
		TOTAL	183

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	29	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	29

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión):
HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.

CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA (TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 1999

TOTAL DE HOMICIDIOS: 320

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	48 (15%)¹ 6 (1.87%)²	Hombres	45	16 - 17	0
				18 - 20	1
				21 - 25	7
				26 - 30	7
		Mujeres	2	31 - 35	9
				36 - 40	9
				41 - 50	7
		No consta	1	51 - 60	4
				61 - +	0
				No consta	4
		TOTAL	48	TOTAL	48

		SEXO	
NO REINCIDENTES	231	Hombres	204
		Mujeres	25
		No consta	2
		TOTAL	231

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	41	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	41

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión):
HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.

CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA (TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2000

TOTAL DE HOMICIDIOS: 411

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	64 (15.57%)¹ 5 (1.21%)²	Hombres	64	16 - 17	0
				18 - 20	2
				21 - 25	4
				26 - 30	11
		Mujeres	0	31 - 35	10
				36 - 40	13
				41 - 50	12
		No consta	0	51 - 60	4
				61 - +	0
				No consta	8
		TOTAL	64	TOTAL	64

		SEXO	
NO REINCIDENTES	291	Hombres	272
		Mujeres	19
		No consta	0
		TOTAL	291

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	56	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	56

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión):
HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.

**CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2001

TOTAL DE HOMICIDIOS: 395

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	76 (19.24%)¹ 8 (2.02%)²	Hombres	74	16 - 17	0
				18 - 20	1
				21 - 25	6
				26 - 30	20
		Mujeres	2	31 - 35	8
				36 - 40	11
				41 - 50	11
		No consta	0	51 - 60	4
				61 - +	3
				No consta	12
TOTAL	76	TOTAL	76		

		SEXO	
NO REINCIDENTES	251	Hombres	218
		Mujeres	31
		No consta	2
		TOTAL	251

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	68	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	68

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión): **HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2002

TOTAL DE HOMICIDIOS: 535

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	85 (15.88%)¹ 11 (2.05%)²	Hombres	83	16 - 17	0
				18 - 20	1
				21 - 25	10
				26 - 30	13
		Mujeres	2	31 - 35	16
				36 - 40	9
				41 - 50	10
		No consta	0	51 - 60	9
				61 - +	2
				No consta	15
TOTAL		85	TOTAL	85	

		SEXO	
NO REINCIDENTES	345	Hombres	322
		Mujeres	23
		No consta	0
		TOTAL	345

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	105	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	105

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión): **HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2003

TOTAL DE HOMICIDIOS: 556

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	82 (14.74%)¹ 12 (2.15%)²	Hombres	81	16 - 17	-
				18 - 20	1
				21 - 25	10
				26 - 30	18
		Mujeres	1	31 - 35	19
				36 - 40	7
				41 - 50	11
		No consta	0	51 - 60	1
				61 - +	1
				No consta	14
		TOTAL	82	TOTAL	82

		SEXO	
NO REINCIDENTES	377	Hombres	346
		Mujeres	26
		No consta	5
		TOTAL	377

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	97	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	97

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión): **HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA (TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2004

TOTAL DE HOMICIDIOS: 529

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	72 (13.61%)¹ 9 (1.7%)²	Hombres	69	16 - 17	-
				18 - 20	2
				21 - 25	4
				26 - 30	13
		Mujeres	1	31 - 35	16
				36 - 40	14
				41 - 50	14
		No consta	2	51 - 60	4
				61 - +	0
				No consta	5
TOTAL		72	TOTAL	72	

		SEXO	
NO REINCIDENTES	388	Hombres	352
		Mujeres	23
		No consta	13
		TOTAL	388

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	69	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	69

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión):
HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.

**CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2005

TOTAL DE HOMICIDIOS: 523

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	64 (12.23%)¹ 8 (1.52%)²	Hombres	63	16 - 17	-
				18 - 20	0
				21 - 25	9
				26 - 30	7
		Mujeres	1	31 - 35	9
				36 - 40	9
				41 - 50	13
		No consta	0	51 - 60	5
				61 - +	2
				No consta	10
		TOTAL	64	TOTAL	64

		SEXO	
NO REINCIDENTES	401	Hombres	365
		Mujeres	23
		No consta	13
		TOTAL	401

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	58	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	58

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión): **HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

**CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA
(TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)**

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2006

TOTAL DE HOMICIDIOS: 570

		SEXO		EDAD	
REINCIDENTES	82 (14.38%)¹ 10 (1.75%)²	Hombres	78	16 - 17	-
				18 - 20	0
				21 - 25	4
				26 - 30	10
		Mujeres	3	31 - 35	7
				36 - 40	20
				41 - 50	20
		No consta	1	51 - 60	12
				61 - +	2
				No consta	7
		TOTAL	82	TOTAL	82

		SEXO	
NO REINCIDENTES	438	Hombres	396
		Mujeres	30
		No consta	12
		TOTAL	438

		SEXO	
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	50	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	50

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión): **HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA (TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2007

TOTAL DE HOMICIDIOS: 671

		SEXO		EDAD	
		Hombres	Mujeres	16 - 17	
REINCIDENTES	101 (15.13%)¹ 12 (1.78%)²	Hombres		18 - 20	
				21 - 25	
				26 - 30	
				31 - 35	
		Mujeres		36 - 40	
				41 - 50	
				51 - 60	
		No consta		61 - +	
				No consta	
		TOTAL		¿?	

		SEXO	
		Hombres	Mujeres
NO REINCIDENTES	¿?	Mujeres	
		No consta	
		TOTAL	¿?

		SEXO	
		Hombres	Mujeres
NO CONSTA SI SON REINCIDENTES O NO	¿?	Hombres	--
		Mujeres	--
		No consta	--
		TOTAL	¿?

¹ Número y porcentaje de reincidentes condenados por homicidio y sus formas (Libro II, Título I CP)

² Número y porcentaje de reincidentes condenados con penas graves (10-25 años de prisión): **HOMICIDAS REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE.**

CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA (TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

AÑO: 2008

TOTAL DE HOMICIDIOS: 571 (100%)

REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE	10 (1.844%)¹
---	--------------------------------

¹ En vista de que las estadísticas del INE ya no incluyen la variable “reincidencia”, el porcentaje mencionado ha sido calculado con base en el promedio anual de reincidentes de peligrosidad grave que con los que contábamos hasta la fecha (1998-2007).

CONDENADOS POR HOMICIDIO EN ESPAÑA (TENIENDO EN CUENTA LA REINCIDENCIA Y LA EDAD)

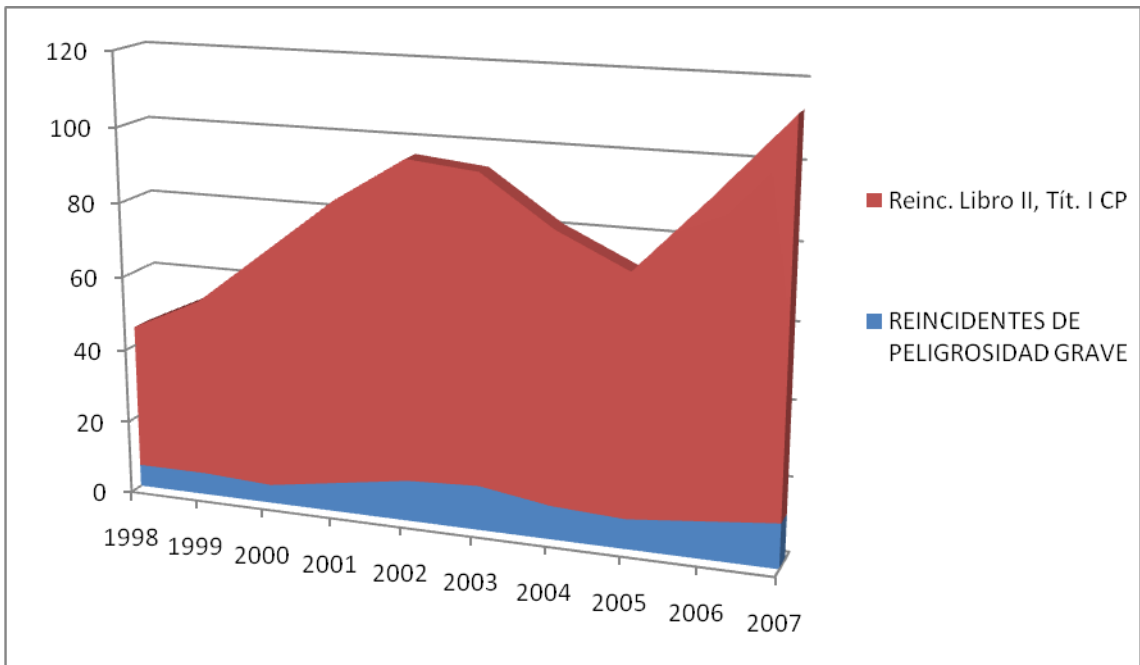
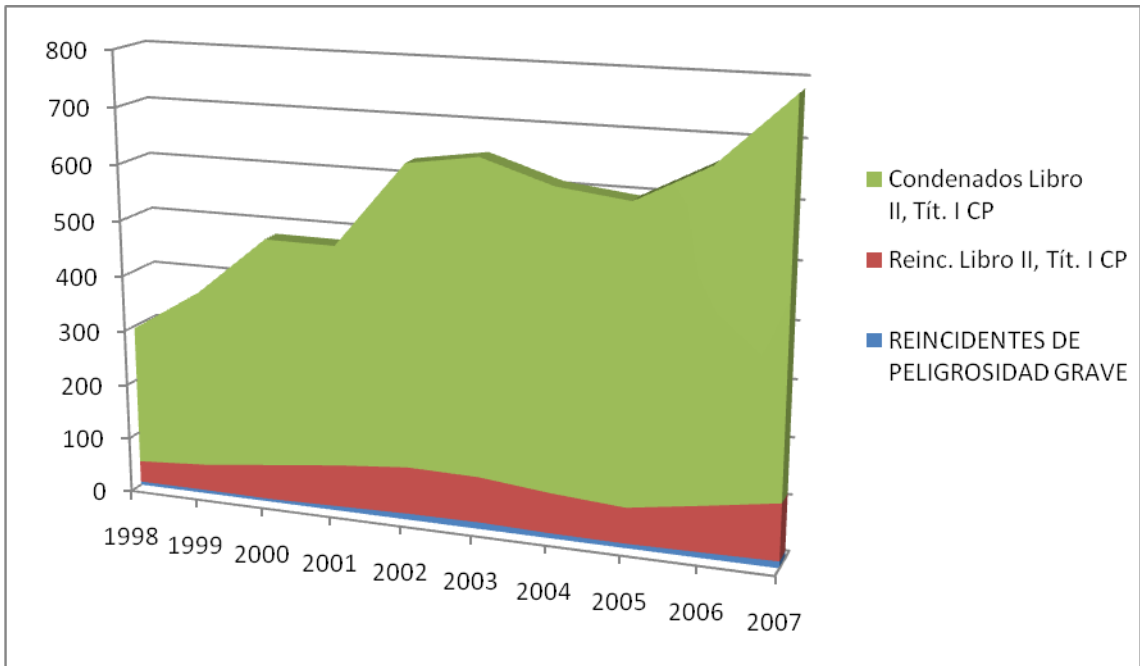
FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (www.ine.es)

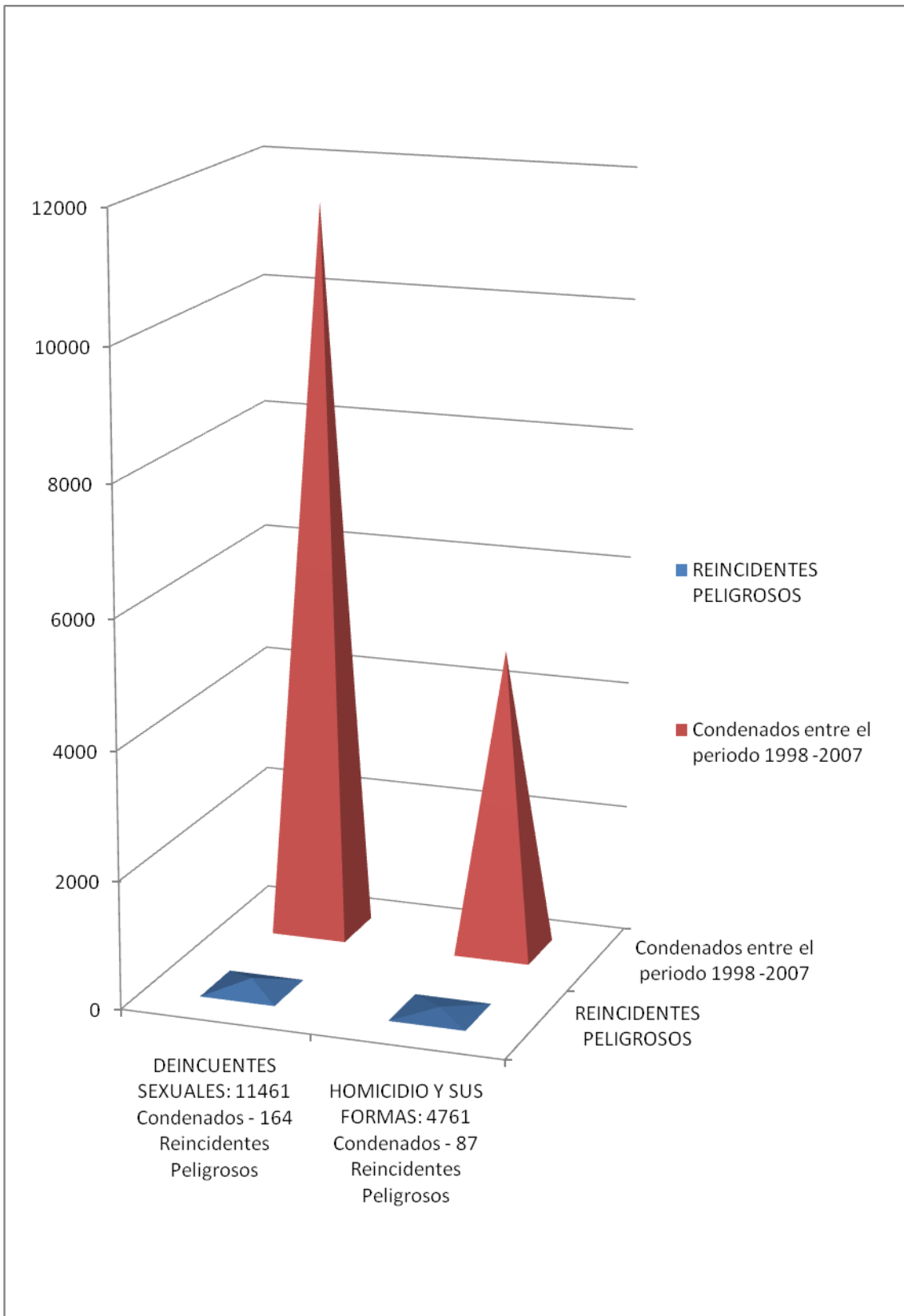
AÑO: 2009

TOTAL DE HOMICIDIOS: 583 (100%)

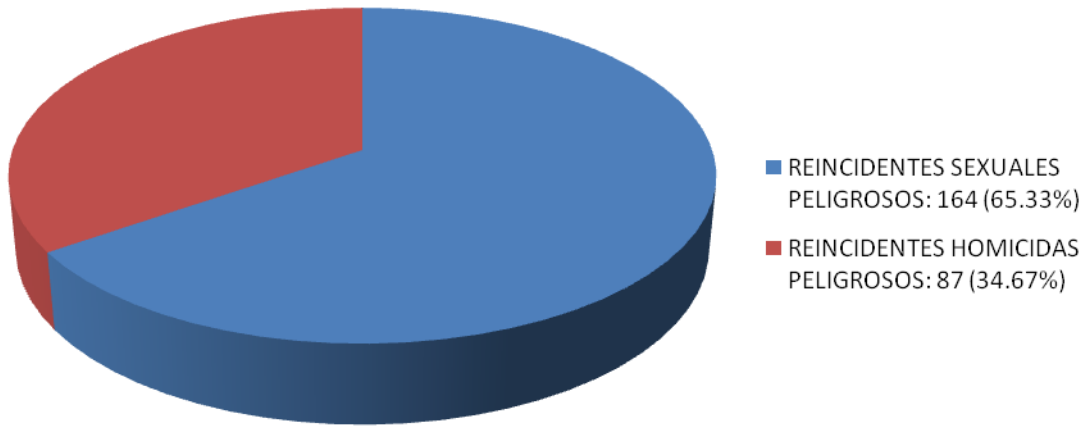
REINCIDENTES DE PELIGROSIDAD GRAVE	10 (1.844%)¹
---	--------------------------------

¹ En vista de que las estadísticas del INE ya no incluyen la variable “reincidencia”, el porcentaje mencionado ha sido calculado con base en el promedio anual de reincidentes de peligrosidad grave que con los que contábamos hasta la fecha (1998-2007).





DELINCUENTES REINCIDENTES PELIGROSOS



BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. *Monitoramento eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 2008.

AA. VV., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, LUIS ARROYO ZAPATERO / ULFRID NEUMANN / ADÁN NIETO MARTÍN (Coords.), Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003.

AA. VV., *Le récidivisme*, en *XXI^e Congrès de l'Association française de criminologie (Poitiers, 7-8-9 octobre 1982)*, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, Presses Universitaires de France, Paris, 1983.

AA. VV., *Mutaciones de Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales*, GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS (Coord.), Universidad Internacional de Andalucía – Akal, Madrid, 2005.

AA.VV., *Delitos contra la libertad sexual*, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

AA.VV., *La protección de la seguridad ciudadana*, MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio (Ed.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, San Sebastián, 1995.

ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*. Colección “Estudios de Derecho Penal y Criminología”. ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.), Comares, Granada, 2008.

AGUADO LÓPEZ, Sara, *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, iustel, Madrid, 2008.

ALCALE SÁNCHEZ, María, “Libertad vigilada”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ALLER MAISONNAVE, Germán, “Peligrosidad y Derecho Penal”, en *Violencia y peligrosidad en la sociedad de hoy. Reflexiones educativo-preventivas basadas en la experiencia de destacados profesionales*, Daniel MALTZMAN PELTA (Ed.), Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Montevideo, 2002.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ALONSO RIMO, Alberto, “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXIX, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009.

AMUNÁRRIZ, M^a Isabel / MUÑOZ, Luz M^a / DE LA CUESTA, José Luis / LORENZO, Ramiro / RESUSTA, Mauricio, “La peligrosidad y los jóvenes, Prostitución, toxicómanos y ebrios habituales”, en “*Eguzkilore*”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Edición patrocinada por la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, San Sebastián.

ANCEL, Marc, *L'état dangereux en Droit compare*, Extrait de L'ouvrage: *Deuxième Cours International de Criminologie*, Paris, 1953.

ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle, Un mouvement de Politique criminelle humaniste*, Éditions Cujas, Paris, 1966.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, TORÍO LÓPEZ, Ángel / SANZ MORÁN, Ángel (Directores), LEX NOVA, Valladolid, 2007.

ARBACH, Karin / PUEYO, Antonio Andres, *Eficàcia predictiva de l'HCR-20 i del PCL:SV en contexts institucionals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2007.

ARBACH, Karin / PUEYO, Antonio Andres, *Eficàcia predictiva de l'HCR-20 i del PCL:SV en contexts institucionals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2008.

ASÚA BATARRITA, Adela, *La reincidencia: Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Principio de culpabilidad e individualización de la pena”, en *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, CEREZO MIR, José / SUÁREZ MONTES, Rodrigo F. / BERISTAIN IPIÑA, Antonio / ROMEO CASABONA, Carlos María (Eds.), Comares, Granada, 1999.

BALBELA DE DELGUE, Jacinta, “*Derechos Humanos y Desarrollo Humano: Prevención y lucha contra la violencia*”, en *Violencia y peligrosidad en la sociedad de hoy*, DANIEL C. MALTZMAN PELTA (Ed.), Montevideo, 2002.

BALBELA, Beatríz, “*El Delito de violación en víctimas adultas: una propuesta de investigación*”, en *Violencia y peligrosidad en la sociedad de hoy*, DANIEL C. MALTZMAN PELTA (Ed.), Montevideo, 2002.

BARATA, Francesc, “Las nuevas fábricas del miedo: los mass media ante la inseguridad ciudadana”, en *La protección de la seguridad ciudadana*, MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio (Ed.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, San Sebastián, 1995.

BARBERO SANTOS, Marino, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán*, en “*Marginación social y Derecho represivo*”, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1980.

BARCIA, J.A. / BERTOLÍN-GUILLÉN, J.M. / BARCIA-GONZÁLEZ, J. / CAMPOS, J. / HERNÁNDEZ, M.E., “Estado actual de la psicocirugía en España”, en *Neurocirugía*, núm. 18.

BARTON, Stephan (Hrsg.), „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, Nomos, Baden Baden, 2006.

BAUCELLS I LLADÓS, Joan, *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

BELLAVISTA, Girolamo, *Il delinquente qualificato*, Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, 1947.

BENEYTO ARROJO, María José / GARRIDO GENOVÉS, Vicente Javier, “La valoración psicológica de los agresores sexuales: los delitos, la reincidencia y el tratamiento”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Núm. 7, Ejemplar dedicado a los delitos contra la libertad sexual*, Gregorio ÁLVAREZ ÁLVAREZ (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón, “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el Art. 36 del Código Penal”, en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

BERGALLI, Roberto, *La recaída en el delito: Modos de reaccionar contra ella, La perspectiva histórico-penal en la República de Argentina y su análisis según el enfoque del etiquetamiento —“labelling-approach”—*, SERTESA, Barcelona, 1980.

BERISTAÍN, P.A., “Estructuración ideológica de la nueva defensa social”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIV, Fascículo III, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1961.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2009.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada”, en *Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 6, El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.

BUELA-CASAL, Gualberto, “Método y procedimiento de la evaluación psicológica forense para un peritaje psicológico forense en el proceso penal”, en

Psicología Forense: Manual de técnicas y aplicaciones, Juan Carlos SIERRA / Eva M^a JIMÉNEZ / Gualberto BUELA-CASAL (Coords.), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2006.

BUENO ARÚS, Francisco, “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, en *Delitos contra la libertad sexual*, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

CALLE RODRÍGUEZ, Victoria, “Reincidencia. Problemática jurídica y criminológica”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 32, Año III, La Ley, Madrid, 2006.

CANO LOZANO, María del Carmen, “Evaluación psicológica de la imputabilidad”, en *Psicología Forense: Manual de técnicas y aplicaciones*, Juan Carlos SIERRA / Eva M^a JIMÉNEZ / Gualberto BUELA-CASAL (Coords.), Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2006.

CARBONELL MATEU, Juan-Carlos, “Aspectos penales”, *Enfermedad mental y delito, Aspectos penales psiquiátricos y procesales*, Juan-Carlos CARBONELL MATEU / J. L. GÓMEZ COLOMER / J. B. MENGUAL I LLUL, Civitas, Madrid, 1987.

CASTALDO, Andrea, “Tradición y obsolescencia en el Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ROMEO CASABONA, Carlos María / SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (Eds.), ARMAZA ARMAZA, Emilio José (Coord.), Editorial Comares, Granada, 2010.

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA / DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA / GENERALITAT DE CATALUNYA, *Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves*.

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA (Catalunya), *Delitos sexuales y reincidencia. Un estudio en las prisiones de Cataluña*.

Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales. Recomendaciones de la comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves, Collecció: Justícia i societat, Generalitat de Catalunya, 2009.

CÉREÉ, Jean-Paul, “As novas tecnologias a serviço do Direito Penal: Monitoramento eletrônico estático e móvel”, en *Monitoramento eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 2008.

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*, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

CEREZO MIR, José, “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, en *Revista Penal*, Núm. 12, Editorial Praxis, Barcelona, Julio - 2008.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito/2*, Editorial Tecnos, 4ª Reimpresión, 2004.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 2004.

CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, COSTA, Sara (Traductora), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

COCHE, Arnaud, *La détermination de la dangerosité des délinquants en Droit Pénal, Étude de Droit français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2005.

COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE, *Avis n° 39 du 18 décembre 2006 relatif aux traitements hormonaux des auteurs de delito(s) sexuel(s)*, Demande d'avis du 13 octobre 2006, de L. Onkelinx, Ministre de la Justice, relative aux traitements hormonaux des auteurs de delit(s) sexuel(s).

COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, Traducción, prólogo y notas de Mariano RUIZ-FUNES GARCÍA, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México D.F., 1953.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Tercera Edición, Dykinson, Madrid, 2002.

CUERDA RIEZU, ANTONIO, “¿Acaso no persigue ningún fin el Derecho penal cuando los jueces no imponen pena ni medida de seguridad?”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, CARLOS GARCÍA VALDEZ / ANTONIO CUERDA RIEZU / MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA / RAFAEL ANTONIO CUERDA RIEZU / MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA / RAFAEL ALCÁCER GUIRAO / MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), EDISOFER, Madrid, 2008.

DA SILVA ARAÚJO, Fábio Roque, “O principio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, num 80, 2009.

DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae, III*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMXC.

DE CASTRO, Alfonso, *De potestate legis poenales / La fuerza de la ley penal*, Libro Primero, Traducción del Profesor Laureano SÁNCHEZ GALLEGU, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1931.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Cirminología*, 10-09, 2008.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Imputabilidad y nuevo Código Penal”, en *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, CERZO MIR, José / SUÁREZ MONTES, Rodrigo F. / BERISTAIN IPIÑA, Antonio / ROMEO CASABONA, Carlos María (Eds.), Comares, Granada, 1999.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, en *Delitos contra la libertad sexual*, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto / PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal”, en *Revista penal*, Núm. 15, Editorial Praxis, Barcelona, 2005.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LX, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “La apuesta por un modelo penal proporcionado”, en *Nueva doctrina penal*, Núm. 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *El principio de proporcionalidad penal*, Colección “Los delitos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, reedición realizada de un

ejemplar de la Fundación Sancho el Sabio, Estudio preliminar de Manuel DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Ararteko, Vitoria – Gasteiz, 2001.

DE MARCOS MADRUGA, Florencio, “Las modificaciones en el régimen jurídico de las penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código Penal: aspectos penitenciarios”, en *Diario La Ley*, Nº 7576, Sección Tribuna, 24 de febrero de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

DEL ROSAL, Juan, “Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIV, Fascículo III, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1961.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Éditions du Seuil, París, 2010.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El ‘Derecho Penal del enemigo’ *Darf nicht sein!*. Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm 4 - Noviembre, Iustel, Madrid, 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El principio de culpabilidad: ¿un derecho fundamental en la Unión Europea?”, en *Derecho penal contemporáneo: Revista Internacional*, Núm. 33 - octubre/diciembre 2010.

DÍAZ AGUILAR, Cecilia Natalia, “Imputabilidad y peligrosidad en el Derecho Penal contemporáneo”, en *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, Núm. 3, Cuarta época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.

DICCIONARIO DE CIENCIAS MÉDICAS DORLAN, 6ª Ed., El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1979.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO DE MEDICINA DORLAND, Vol. 6, 27 Ed. Ed. Interamericana – McGraw – Hill, Madrid, 1993, p. 1770.

DICCIONARIO MOSBY DE MEDICINA, ENFERMERÍA Y CIENCIAS DE LA SALUD, 5ª Ed., Harcourt, Madrid, 2000.

DIEGO ESPUNY, Federico, “La libertad vigilada, ¿una medida educativa en la nueva legislación? A propósito de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Núm. 17, Junta de Castilla-La Mancha, Toledo, Abril – 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, CANCIO MELIÁ y GÓMEZ JARA-DÍEZ (Coords.), Editorial BdeF, Buenos Aires, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

DOLCINI, Emilio, “La nueva «reincidencia». La cárcel en Italia se vuelve todavía más selectiva”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, CARLOS GARCÍA VALDEZ / ANTONIO CUERDA RIEZU / MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA / RAFAEL ALCÁCER GUIRAO / MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), EDISOFER, Madrid, 2008.

DONNA, Edgardo Alberto, *La peligrosidad en el Derecho penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

DOWNES, David M., *The delinquent solution, A study in subcultural theory*, Routledge & Kegan Paul, London, 1969.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, “Discusión sobre las medidas a adoptar en función de la peligrosidad del autor”, en *Circunstancia*, Año VI, Núm 16, Mayo 2008.

ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, en *Revista de Psicopatología clínica legal y forense*, Vol. 3, Nº 2, Editada por la Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense y la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, Madrid, 2003.

ESBEC, Enrique, “Violencia y trastorno mental”, en *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás, *La medición del delito en la seguridad pública*, Dykinson, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 2. ed., Editorial Trotta, Madrid, 1997.

FERRI, Enrico, *Sociología Criminale*, I, 5ª Edición, Torino, 1929.

FERRI, Enrique, *El ocaso del Derecho penal*, Traducción de FRANCISCO DE LOMBARDÍA, Leyer, Bogotá, 2005.

FISHMAN, Robert, *Criminal Recidivism in New York City, An evaluation of the impact of rehabilitation and diversión services*, Praeger Publishers, New York, 1977.

FLORIAN, EUGENIO, *Parte General del Derecho penal, t. II*, traducido por E. DIHIDO, Imp. La Propagandista, La Habana, 1929.

FORTNEY, Timothy / LEVENSON, Jill / BRANNON, Yolanda / BAKER, Juanita N., “Myths and Facts about Sexual Offenders: Implications for Treatment and Public Policy”, en *Sexual Offender Treatment, Volume 2, Issue 1*, 2007.

FREEMAN-LONGO, Robert E., “Revisiting Megan’s Law and sex offender registration: prevention or problem”, disponible en <http://www.appa-net.org>, 2004.

FUNES, Jaume / LUQUE, Eulàlia / RUIZ, Antonio / SÁNCHEZ-MECA, Julio (Coord.), *Reincidència: En la justícia de menors, Avaluació internacional*, en *Justícia i Societat 15*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1996.

GARCÍA ALBERO, Ramón, “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 6, Aranzadi – Thomson Reuters.

GARCÍA ALBERO, Ramón, “Libro I: Título IV: Capítulo II (Arts. 105-108)”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo I, Parte General, (Artículos 1 a 137)*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA QUINTAS, Mercedes, “Un Código Penal sin grietas por donde puedan escabullirse las versiones más contemporáneas de la delincuencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 802/2010, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Cuarta Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARÓFALO, Rafael, *Criminología*, 1885, 2ª Edición, Torino, 1929.

GAROFALO, Rafael, *La Criminología*, Traducción de DORADO MONTERO, Pedro.

GARRIDO GUZMÁN, Luis, “El tratamiento de psicópatas y los establecimientos de terapia social”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al profesor Beristain*, José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI / Iñaki DENDALUZE / Enrique ECHEBURÚA (Comps.), Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.

GARRIDO, Vicente / STANGELAND, Per / REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GARRIDO, Vicente, *Psicópatas y otros delincuentes violentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970.

GÓMEZ GRILLO, Elio, “*Acerca de la teoría y la realidad en el tratamiento de los delincuentes*”, en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal, t. I*, Cía. Arg. Editores, Buenos Aires, 1939.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo, “Tratamiento penal de la delincuencia habitual grave”, en *Diario La Ley*, Nº 7094, Sección Doctrina, 16 Ene. 2009, Año XXX, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Control electrónico y sistema penitenciario” en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Junta de Andalucía, Dirección General de Administración Local y Justicia. Sevilla: Consejería de Gobernación, 1994.

GÖPPINGER, Hans, *Criminología*, Traducción de María Luisa Schwarck e Ignacio Luzarraga Castro, Reus S. A., Madrid, 1975.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del «Derecho penal del enemigo?»”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 1, CANCIO MELIÁ, Manuel (Trad.), CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Castración”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.), Comares, Granada, 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 7, Universidad de Granada, 2005, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/>.

GRACIA MARTÍN, Luis, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho Penal del enemigo”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*, Luis GRACIA MARTÍN (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reincursión social en el Derecho español”, en *Direito Penal Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, REGIS PRADO, Luiz (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en GARCÍA VALDEZ, Carlos / CUERDA RIEZU, Antonio / MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / ALCÁCER GUIRAO, Rafael / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, EDISOFER, Madrid, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y el "Derecho penal del enemigo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GRAMATICA, Filippo, *Principi di difesa sociale*, CEDAM, Padova, 1961.

GRISPIGNI, Filippo, *Diritto Penal Italiano, tomo I*, Milano, 1947.

GROSSO GARCÍA, Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el «Derecho penal del enemigo»?”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*,

Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006.

GUARNERI, Giuseppe, *Pericolosità sociale*, en “*Novísimo digesto italiano*”, tomo XII, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1968.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm., 738/2007, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm 11, Iustel, Madrid, 2009.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Vigilancia electrónica, criminalidad y sociedad de riesgos: la difícil compatibilización del proyecto de nueva ley francesa antiterrorista y los derechos fundamentales individuales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm., 698/2006, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

GUISASOLA LERMA, Cristina, *Reincidencia y delincuencia habitual, Regulación legal, avance crítico y propuesta de lege ferenda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “*Las medidas de seguridad, Distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad*”, en *Direito Penal Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, LUIZ REGIS PRADO (Coord.), Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2007.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Primera Parte, Penas y medidas de seguridad. Sistemas penales. Clasificaciones de las penas. Las penas en particular*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2009.

HALLECK, Seymour, *Psychiatry and Dilemmas of Crime. A study of causes, punishment and treatment*, University of California Press, Los Angeles, 1967.

HALSEY, Mark, “Assembling Recidivism: The promise and Contingencies of Post-Release Life”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 97, Núm. 4, Northwestern University School of Law, Chicago, 2007.

HAMMOND, W. H. / CHAYEN, Edna, *Persistent criminals, A study of all offenders liable to preventive detention in 1956*, Her Majesty's Stationery Office, London, 1963.

HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología*, Tirant lo Blach, Valencia 2001.

HASSEMER, Winfried, “Seguridad por intermedio del Derecho penal”, en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2008

HASSEMER, Winfried, “Strafrecht, Prävention, Vergeltung”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Núm. /, 2006, Acceso electrónico [www.zis-online.com].

HEBENTON, Bill / SEDDON, Toby, “From Dangerousness to Precaution: Managing Sexual and Violent Offenders in an Insecure and Uncertain Age”, en *The British Journal of Criminology*, Vol. 49, Núm. 3, Centre for Crime and Justice Studies, Oxford University Press, Oxford, 2009.

HELM SPALDING, Larry, “Chemical castration: a return to the dark ages”, en American Civil Liberties Union of Florida, disponible en www.aclufl.org.

HERRERA MORENO, “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho penal*, núm. 5, 2002.

HERRERA MORENO, “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho penal*, núm. 5, 2002.

HIRSCH, Hans-Joachim, “Peligro y peligrosidad”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Tomo XLIX, Fascículo II*, Mayo-Agosto, MCMXCVI.

HÖRNLE, Tatjana, “Dimensiones descriptivas y normativas del concepto «Derecho penal del enemigo»”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006.

HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad, Notas sobre la teoría de la determinación de la en Alemania*, Fabian J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003.

HURTADO YELO, Juan José, “La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 5/2009, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Acceso electrónico [<http://www.westlaw.es>].

INGRAHAM, Barton L. / SMITH, Gerald W. The use of electronics on the observation and control of human behavior and its possible use in rehabilitation and parole. *Issues in Criminology. Volumen 7. Issue 2*. Berkeley: University of California, 1972.

JAEÉN VALLEJO, Manuel, “*Reincidencia y Derecho penal de culpabilidad*”, en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.”

JAKOBS, Günter / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson – Civitas, Madrid, 2003.

JAKOBS, Günter, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006.

JAKOBS, Günter, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006.

JAKOBS, Günter, “La ciencia penal antes los retos del futuro”, en *La ciencia del Derecho penal ante el cambio del milenio*, MANSO, Teresa (Trad.), ESER, Albin / HASSEMER, Winfried / BURKHARDT, Björn (Coords.), MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. de la edición española), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

JAKOBS, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.

JAKOBS, Günther, “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, en *InDret*, Barcelona, Febrero, 2009.

JAKOBS, Günther, “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, en *InDret*, Barcelona, Febrero, 2009.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo / MACEDO, Celina Maria, “O Brasil e o monitoramento eletrônico”, en *Monitoramento eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Vol. 1.*, Traducción de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1982.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición completamente corregida y ampliada*, Traducción de MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Derecho penal soviético*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1947.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho Penal moderno*, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Reus, Madrid, 1920.

JIMÉNEZ PONCE, Fiacro / SOTO ABRAHAM, Julián / VELASCO CAMPOS, Francisco / CASTRO FARFÁN, Guillermo / CARRILLO RUIZ, José D., “Introducción a la neurocirugía psiquiátrica”, en *Salud Mental, Vol. 29, N° 1*, enero-febrero, 2006.

JORGE BARREIRO, Agustín, “Comentarios al Código Penal.— Artículo 96”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo IV, Artículos 95 a 137*, COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), Edersa, Madrid, 2000.

JORGE BARREIRO, Agustín, “Medidas de seguridad” en *Enciclopedia penal básica*, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Comares, Granada, 2002.

JORGE BARREIRO, Agustín, “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del estado de derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Navarra, 2005.

JORGE BARREIRO, Agustín, “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado” en *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.), Editorial La Ley, Madrid, 2010.

JORGE BARREIRO, Agustín, *Las medidas de seguridad en el Derecho español: un estudio de la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970, y de la doctrina de la Sala de apelación de peligrosidad*, Cívitas, Madrid, 1976.

KANT, Immanuel, *Lecciones de Ética*, traducción de ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, Editorial Crítica, Barcelona, 2002.

KANT, INMANUEL, “*Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*”, en *Kant's Werke*, Akademie-Ausgabe, tomo 8.

KAPLAN MARCUSÁN, Adriana, “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”, en Francisco Javier de Lucas Martín, *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, VI-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

KILLIAS, Martín / GILLIÉRON, Gwladys / KISSLING, Izumi / VILLETZAZ, Patrice, “Community Service Versus Electronic Monitoring — What Works Better?: Results of a Randomized Trial”, en *The British Journal of Criminology*, Vol. 50, Núm. 6, Centre for Crime and Justice Studies, Oxford University Press, Oxford, 2010.

KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006.

KREUZER, Arthur, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Núm. 4, 2006, Acceso electrónico [www.zis-online.com].

KUNZ, Carol L., “Toward dispassionate, effective control of sexual offenders” en *The American University Law Review*, vol. 47:453, 1997.

LANDÍN CARRASCO, A., *Estudio criminológico sobre la multireincidencia*, Editorial revista de Derecho privado – Editoriales de Derecho reunidas, Caracas – Madrid, 1975.

LANDREVILLE, Pierre, *Le critere de recidive dans l’Evaluation des mesures penales*, Ecole de Criminologie – Université de Montréal, Montréal, 1982.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “El Derecho penal «de la seguridad»”, en *Diario La Ley*, Nº 5868, Sección Doctrina, 10 Oct. 2003, Año XXIV, Ref. D-224, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Prisión y sustitutivos penales”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria de Valle Muñiz*, QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS (Eds.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

LANGEVIN, Ron / CURNOE, Suzanne, “The Therapeutic Challenge of the Learning Impaired Sex Offender”, en *Sexual Offender Treatment, Volume 2, Issue 1*, 2007.

LANGEVIN, Ron / CURNOE, Suzanne, “*The therapeutic challenge of the learning impaired sex offender*”, en *Sexual offender treatment*, Volume 2, 2007, en <http://www.sexual-offender-treatment.org/56.0.html#top>

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de Medidas de Seguridad y Derecho Administrativo Sancionador”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele, *Contributo allo studio della recidiva*, Casa editrice dott Eugenio Jovene, Napoli, 1958.

LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, en *Diario La Ley*, Nº 7318, Sección Doctrina, 12 Enero, 2010, Año XXXI, Ref. D-9, Editorial La Ley, 2010.

LEAL MEDINA, Julio, *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

LEAL MEDINA, Julio, *Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los Interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal*, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Num. 20, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

LÓPEZ REY, Manuel, *Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción peligrosidad*, en *Cuadernos de Política Criminal* Nº 19, EDERSA, Madrid, 1983.

LUENGO, Ana / BROTONS, Olga / LORENTE, Ester / HERRERO, Neus / AGUILAR, Eduardo / ESCARTI, María José / GONZÁLEZ, José Carlos / LEAL, Carmen / SANJUAN, Julio, “Respuesta emocional ante estímulos amenazantes en

psicosis y trastornos de ansiedad”, en *Psicothema*, vol. 21, núm. 1, 2009. Disponible en www.psychothema.com

LUQUE, Eulalia / NAVARRO, Juan Carlos / MARTÍNEZ, Marian / REDONDO, Santiago, “Análisis empírico de las características y los factores de riesgo de reincidencia en una muestra de agresores sexuales encarcelados”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 15, Madrid, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.

MAGRO SERVET, Vicente, “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, Nº 7074, Sección Doctrina, 11 Dic. 2008, Año XXIX, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

MAJADAS, P., *Estudio sobre la reincidencia en España*, Ministerio de Justicia – gabinete de estudios para la prevención del delito, 1974.

MANTOVANI, Ferrando, “*El Derecho penal del enemigo, en Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal*”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, CARLOS GARCÍA VALDEZ / ANTONIO CUERDA RIEZU / MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA / RAFAEL ALCÁCER GUIRAO / MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), EDISOFER, Madrid, 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, en *Diario La Ley*, Nº 7386, Sección Doctrina, 22 Abr. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La localización permanente”, en *Diario La Ley*, Año XXXI, Núm. 7399, 11 de mayo de 2010.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La orientación de las penas privativas de libertad hacia la resocialización del reo”, en *Diario La Ley*, Nº 7428, Sección Doctrina, 21 Jun. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Código Penal. Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Comentarios y jurisprudencia. I. Parte General (Artículos 1 a 137)*, Editorial Comares, Granada, 2010.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Código Penal. Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Comentarios y jurisprudencia. II. Parte Especial (Artículos 138 a 639)*, Editorial Comares, Granada, 2010.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*. Colección “Estudios de Derecho Penal y Criminología”, ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.), Comares, Granada, 2008.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Las medidas de seguridad no privativas de libertad”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, CARLOS GARCÍA VALDEZ / ANTONIO CUERDA RIEZU / MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA / RAFAEL ALCÁCER GUIRAO / MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), EDISOFER, Madrid, 2008.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Editorial Comares, Granada, 1999.

MARRERO AVILÉS, Luis, “El registro de personas convictas por delitos sexuales y violentos: ¿un castigo cruel e inusitado o un avance en la lucha contra el crimen?” en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, vol. 38.

MARTIN SCHMUCKER, Martin / LOSEL, Friedrich, “Does sexual offender treatment work? A systematic review of outcome evaluations”, en *Psicothema*, Vol. 20, nº 1, 2008.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración de la percepción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ CASAS, Juan Ignacio, *Ofensores sexuales, Registro especial y notificación a la comunidad*, Alveroni Ediciones, Córdoba – Argentina, 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, VIVES ANTÓN, Tomás / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONEU MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (Autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria P., *Penas, rehabilitación y delincuentes sexuales*, en *Dos décadas de reformas penales*, NIEVES SANZ MULAS (Coord.), Editorial Comares, Granada 2008.

MATEO AYALA, Eladio José, *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el Derecho penal comparado. Alemania. Italia. Francia*, Dykinson, Madrid, 2007.

MCCALLUM, David, *Personality and dangerousness, Genealogies of antisocial personality disorder*, Cambridge University Press, 2001.

MERKEL, Grischa, “Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, Vol. 11, N° 09, 2010, p. 1047. Disponible en <http://www.germanlawjournal.com>

MIDDENDORFF, Wolf, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, Traducción castellana por José María RODRÍGUEZ DEVESA, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1970.

MIR PUIG, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MONAHAN, John, *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, Jason Aronson Inc., Washington DC, 1981.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de *reincidencia* desde los fundamentos y fines de la pena”, en *Cuadernos de política criminal*, Número 95, Madrid, 2008.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, JB Bosch Editor, Barcelona, 2009.

MONIZ, E., “Prefrontal leucotomy in the treatment of mental disorders”, en *Am J Psychiatry*, vol. 93, núm. 6, 1937.

MONTERO HERNANZ, Tomás, “La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm 13, Iustel, Madrid, 2010.

MONTORO GONZÁLEZ, Luis V. / GARRIDO GENOVÉS, Vicente J. / DE LUQUE DELGADO, Rafael / CARBONELL VAYÁ, Enrique J., *La delincuencia violenta, Un estudio empírico en la ciudad de Valencia*, NAU LLIBRES, , Valencia, 1987.

MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la ley de peligrosidad y rehabilitación social?”, en *Diario La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*, Tomo 1, Editorial La Ley, Madrid, 1991, pp. 1142-1154.

MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, “El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo XXXI, Fascículo II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Mayo-agosto, 1978.

MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio / CASARES PASCUAL, Beatriz, “Políticas de seguridad, control preventivo y peligrosidad. La construcción del orden social securitario”, en “*Eguzkilore*”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 23, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2009.

MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, “Del Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?”, en *La protección de la seguridad ciudadana*, MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio (Ed.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, San Sebastián, 1995.

MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, *Sanción penal y política criminal*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.

MUÑIDO, OLESA, *Las medidas de seguridad*, Bosch, Barcelona, 1951.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General, 8ª edición, revisada y puesta al día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008”, en *Revista Penal*, Núm. 24, Editorial Praxis, Barcelona, Julio - 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los «extraños a la comunidad»”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / ROMEO CASABONA, Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luis / HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “La esterilización de deficientes psíquicos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 julio 1994”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, num.2, Bilbao, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “La *Sicherungsverwahrung* es una pena y como tal no puede aplicarse retroactivamente: comentario a la sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 13, Iustel, Madrid, 2010.

NICOLÁS LAZO, Gemma, “Breve repaso histórico del tratamiento jurídico de la prostitución en el Estado español contemporáneo (siglo XIX hasta la transición política)”, en *Contornos y Pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, I. RIVERA / H. SIRVIERA / E. BODELÓN / A. RECASENS (Coords.), Editorial Anthropos, Barcelona, 2006.

NICOLÁS LAZO, Gemma, *La reglamentación de la prostitución en el Estado español: Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*, Tesis Doctoral, Departament de Dret Penal i Ciències Penals, Universidad de Barcelona, Encarna BODELÓN GONZÁLEZ / José Ignacio RIVERA BEIRAS (Dirs.).

NISTAL BURÓN, Javier, “¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de «cadena perpetua» como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 753/2008, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2008, Acceso electrónico [<http://www.westlaw.es>].

NISTAL BURÓN, Javier, “Delincuencia habitual y reincidente. El nuevo régimen de ejecución penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 734/2007, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

NISTAL BURÓN, Javier, “La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica. (A propósito de la nueva medida de seguridad no privativa de libertad que prevé el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)”, en *Diario La Ley*, Nº 7368, Sección Tribuna, 24 Mar. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

NISTAL BURÓN, Javier, “La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Num. 793/2010, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, Acceso electrónico [<http://www.westlaw.es>].

ORÉ SOSA, Eduardo A., *El pasado criminal como factor de agravación de la pena, La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00014-2006-PI/TC*, disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/20_marzo_2008/habitualidad_y_reincidencia.pdf

ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomás VIVES ANTÓN / Enrique ORTS BERENGUER / Juan Carlos CARBONEU MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (Autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, “Presente y futuro de la pena de localización permanente”, en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático de penados, Análisis jurídico, económico y social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

PANTA CUEVA, David Fernando, “La constitucionalidad de la reincidencia y habitualidad en la Sentencia N° 0014-2006-PI-TC emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, ¿Decisión correcta?”, disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/23_junio_2008/constitucionalidad_panta.pdf

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La seguridad como objetivo político-criminal del Sistema Penal”, en “*Eguzkilore*”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 20, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2006.

PARÉS I GALLÉS, Ramón, “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, en *Poder Judicial*, 3ª época, Núm. 46, II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

PEDROSA SÁNCHEZ, M. / SOLA, R. G., “La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica”, en *Revista de Neurología*, 2003.

PÉREZ RAMÍREZ, Meritxell / REDONDO ILLESCAS, Santiago / MARTÍNEZ GARCÍA, Marian / GARCÍA FORERO, Carlos / ANDRÉS PUEYO, Antonio, “Predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales”, en *Psicothema*, vol. 20, núm. 2, 2008.

PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, “Penas y vergüenza”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

PERIS RIERA, Jaime M., “Algunas cuestiones conflictivas de la parte general surgidas tras la reforma de la LO15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal”, en *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

PETROCELLI, Biagio, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, CEDAM, Padova, 1940.

PIZARRO MAQUEDA, María José, “Cuadro sinóptico de la gran Reforma Penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 8/2010, parte Estudio, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

PLATÓN, *Las Leyes*, IX, en *Obras completas*, t. IV, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967.

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”, en *Actualidad Penal*, Núm. 38, Sección Doctrina, tomo 3, Editorial La Ley, Madrid, 2001.

POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo. Algunos falsos mitos”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Volumen 2, CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), EDISOFER - Editorial BdeF, Madrid – Montevideo, 2006.

POLAINO-ORTS, Miguel, “Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo”, Grijley, Lima, 2009.

PORTERO LAZCANO, Guillermo, “La libertad vigilada en el Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal. Perspectiva desde el ámbito de las ciencias de la conducta”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 6, *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

PRATS CANUT, J. M., *Comentario al artículo 22.8 CP*, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.), Navarra, 2004.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, “Delitos sexuales y castración química: Anteproyecto de reforma del código penal de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 68, 2010.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, “Delitos sexuales y castración química. Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para

delincuentes sexuales”, en *La Ley Penal*, Nº 68, Sección Estudios, Febrero 2010, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

PUJOL ROBINAT, Amadeo / PUIG BAUSILI, Luis, “Concepto de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 94, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Castración”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Posibilidades criminológicas de la neurocirugía: la lobotomía”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año VI, Núm. 58, Enero – 1950.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La inminente entrada en vigor de la reforma del Código Penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 810, Año XVIII, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La progresiva renuncia a la prisión y la respuesta ante el delincuente violento y peligroso”, en *Las sanciones penales en Europa*, TAMARIT SUMALLA, Josep (Coord.), Editorial Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

RADBRUCH, Gustav, “El delincuente por convicción”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07 -r4, 2005.

RAINE, Adrian / SANMARTÍN, José, *Violencia y psicopatía*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2000.

RATCHFORD, Mónica, “Community notification of sex offenders”, disponible en <http://www.angelfire.com/ky/criminaljustice/meganlaw.html>

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Traducción de MARÍA DOLORES GONZÁLEZ, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

REAL ACADEMIA DE MEDICINA E CIRURXÍA DE GALICIA, “Tratamento”, en *Diccionario galego de termos médicos*, Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, Santiago de Compostela, 2002.

REDONDO ILLESCAS, Santiago / PÉREZ, Meritxell / MARTÍNEZ, Marian, “El riesgo de reincidencia en agresiones sexuales: investigación básica y valoración mediante el SVR-20”, en *Papeles del psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 28, núm. 3, Madrid, 2007.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Marzo de 2008.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando / GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Las alternativas a la reclusión y la revolución telemática”, en *Diario La Ley*, Nº 7250, Sección Tribuna, 28 Septiembre de 2009, Año XXX, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, Octubre de 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Violencia y seguridad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-r1, 2004.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Fernando Eduardo, “Tratamiento médico”, en *Diccionario jurídico y médico. Un enfoque humanístico en la relación médico-paciente*, Cárdenas Velasco Editores, México, 2009.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Universidad de Valencia, 1974.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, “Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Universidad de Alcalá de Henares*. N° 2005, Facultad de Derecho de Universidad de Alcalá de Henares, 2005.

ROJAS, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006.

ROMEO CASABONA, Carlos María / ROMEO MALANDA, Sergio, *Los Identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

ROMEO CASABONA, Carlos María, “El anteproyecto de Código Penal de 1992”, en *Presupuestos para la Reforma Penal*, CEREZO MIR, José, *et al.*, Centro de Estudios Criminológicos – Universidad de La Laguna, 1992.

ROMEO CASABONA, Carlos María, “El Principio de precaución en las actividades de riesgo”, en *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos María, “El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español”, en *AP*, 1991.

ROMEO CASABONA, Carlos María, “Legal perspectives in novel psychiatric treatment and related research”, en *Poiesis & Praxis, International Journal of Ethics of Science and Technology Assessment*, Springer-Verlag, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María, “Peligrosidad”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIX*, PELLISÉ PRATS, Buenaventura (Dir.), Editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1989.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Colección “Estudios de Derecho Penal”, Editorial Comares, Granada, 2005.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal, I, La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio, Volumen I*, Editorial Adrus, Arequipa, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1986.

ROPERO CARRASCO, Julia, “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 6, 2001.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*, Traducción y notas de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel / DE VICENTE REMESAL, Javier, Civitas, Madrid, 1997.

RUIDIAZ GARCÍA, M. Carmen, *Justicia y seguridad ciudadana*, EDERSA, Madrid, 1997.

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, “Algunos apuntes sobre la reforma de la parte general del Código Penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 6/2010, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Alarma social y Derecho Penal”, en *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, ROMEO CASABONA, Carlos María / SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme (Eds.), ARMAZA ARMAZA, Emilio José (Coord.), Editorial Comares, Granada, 2010.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista Penal*, Núm. 17, Editorial Praxis, Barcelona, 2006.

SANJUAN ARIAS, Julio, “Agresiones adaptativas y anómalas”, en *Anuario Metode*, Universidad de Valencia, 2007.

SANZ MORÁN, Ángel J., “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en *Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.

SANZ MORÁN, Ángel José, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, BUENO ARÚS, Francisco / KURY, Helmut / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis / SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.), Dykinson, Madrid, 2006.

SANZ MORÁN, Ángel José, “El tratamiento del delincuente habitual”, en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, num. 4, 2007.

SANZ MORÁN, Ángel José, “La reincidencia y la habitualidad”, en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

SANZ MORÁN, Ángel José, “Reflexiones en torno a la idea de «libertad vigilada»”, en *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

SANZ MORÁN, Ángel José, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003.

SCOTT, Charles L. / HOLMBERG, Trent, “Castration of Sex Offenders: Prisoners’ Rights Versus Public Safety”, en *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Num. 31:502-9, 2003.

SHUTE, Stephen. *Satellite tracking of offenders: A study of the pilots in England and Wales*. Ministry of Justice. United Kingdom: Crown, 2007, p. 3;
ABEL SOUTO, Miguel. *La pena de localización permanente*, pp. 128 y 129.

SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables (con especial referencia al Proyecto CP 1994)”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Segundo Volumen, Universitat de Valencia, Valencia, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 6, *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*,

ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *Diario La Ley*, Nº 7464, Sección Doctrina, 9 Septiembre de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, Acceso electrónico [www.laley.es].

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Política Criminal y persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2001.

SINGER, Peter, *Ética práctica*, Traducción de Rafael HERRERA BONET, Segunda edición, Cambridge University Press, Madrid, 2003.

SIVIRICHI, Atilio, *Derecho indígena peruano. Proyecto de Código indígena*, Ediciones Kuntur, Lima, 1946.

SOLER IGLESIAS, Carles / GARCÍA DíEZ, César, *Anàlisi de les variables relacionades amb la reincidència dels agressors sexuals. Estudi d'una mostra d'interns de les presons de Catalunya*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2007.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, *Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable*, disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/febrero06/Critica_Sotomayor.pdf

SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y *prisión-depósito* en la Argentina”, en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007/B.

STOOS, Carl, *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Wien. U. Leipzig, 1913.

TAGLIARINI, Francesco, *Pericolosità*, en “*Enciclopedia del Diritto*”, tomo XXXIII, Giuffré Editore, Milano, 1983.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Peligrosidad social y estado de derecho*, Akal, Madrid, 1981.

TORÁN MUÑOZ, Alejandro Isidro, “La nueva pena de libertad vigilada”, en *Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 6, El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.

TORIO LÓPEZ, Angel, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Revista Poder Judicial*, 2ª época, núm. 4, diciembre de 1986.

UNCILLA GALÁN, Idoia, “La pena accesoria de libertad vigilada”, en *Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 6, El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.

URRUELA MORA, Asier, “Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada”, en Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coordinador), *Memento Experto, Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

URRUELA MORA, Asier, “Modernas aportaciones al debate en torno a la fundamentación material de la culpabilidad”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Domingo García Rada*, Robinson GONZÁLEZ CAMPOS / José Luis GUZMÁN DALBORA / José F. PALOMINO MANCHEGO / Manuel QUINTANILLA CHACÓN / Luis REGIS PRADO / Asier URRUELA MORA (Comité Científico), Julio ARMAZA GALDOS (Dir.), Editorial Adrus, Arequipa, 2006.

URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en Psiquiatría y Genética*, Comares, Granada, 2004.

URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reincidencia social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Editorial Comares, Granada, 2009.

VARONA GÓMEZ, Daniel, “¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España”, en *InDret*, Febrero, 2009.

VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, Editorial Comares, Granada, 2010.

VIDAL PALMER, Luis Enrique, *Peligrosidad y medidas de seguridad*, Sociedad panameña de psiquiatría, <http://www.psipanama.org/PELIGROSIDAD.pdf> sitio web consultado el 28/07/2008.

VILAJOSANA RUBIO, Josep María, “Castración química y determinismo / Chemical castration and determinismo”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 31, 2008.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina / TORRES ROSELL, Núria / LUQUE REINA, M. Eulàlia, *Penas Alternativas a la Prisión y Reincidencia: Un Estudio Empírico*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VOGEL, en *Festschrift für Claus Roxin*, SCHÜNEMANN / ACHENBACH / BOTTKE / HAFFKE / RUDOLPHI (eds.), 2001.

VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el Derecho penal*, Traducción de Aimone GIBSON, Enrique. Revisión técnica y Prólogo de Manuel de RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Edeval, Valparaíso, 1984.

WEST, D. J., *The habitual prisoner*, MacMillan & Co. Ltd., London, 1963.

WINKLER, Eike / SCHWEIKHARDT, Josef, *El conocimiento del hombre. Expedición por la antropología*, Editorial Planeta, Barcelona, 1985.

YACOBUCCI, Guillermo J., *La deslegitimación de la potestad penal, La crítica al poder sancionador del Estado*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000.

YANES GUANDIQUE, Cesar Oscar, “Psicocirugía y el extraño caso de Phineas Cage”, en www.neuroclinica.com.sv

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac, *Da reincidencia criminal*, Editorial Mandamentos, Belo Horizonte, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Domingo García Rada*, REGIS PRADO, Luis / GONZÁLEZ CAMPOS, Róbinson / GUZMÁN DALBORA, José Luis / URRUELA MORA, Asier / PALOMINO MANCHEGO, José F. / QUINTANILLA CHACÓN, Manuel (Comité Científico), ARMAZA GALDOS, Julio (Dir.), Editorial Adrus, Arequipa, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Las ‘clases peligrosas’: el fracaso de un discurso policial prepositivista”, en *El penalista liberal, Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología, Libro Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Editorial Hammurabi – Jose Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Editorial Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Código penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2A, Parte General*, Editorial Hammurabi, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1, UNED, Madrid, 2009.