

CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS DELINCUENTES IMPUTABLES PELIGROSOS*

MARIO MARAVER GÓMEZ**

Resumen: La creciente preocupación por los delincuentes peligrosos (terroristas, delincuentes sexuales, asesinos en serie, etc.) ha dado lugar en los últimos años a diferentes reformas legislativas, tanto en España como en otros muchos países. Por lo general, estas reformas sirven para ampliar las penas de prisión o para establecer medidas de seguridad complementarias a la pena. Se pretende con ello evitar que los delincuentes peligrosos vuelvan a delinquir. No se les impone una sanción por el delito que han cometido sino por el delito que pueden cometer en el futuro. De esta forma, se produce un importante cambio en la concepción del Derecho penal, pues la sanción penal ya no se fundamenta en la culpabilidad, sino en la peligrosidad. El objetivo de este trabajo es explicar las implicaciones político-criminales de esta concepción del Derecho penal basada en la peligrosidad y criticar, a partir de ahí, las últimas reformas del Código Penal español.

Palabras clave: Penas, medidas de seguridad, inoquización (incapacitación), penas indeterminadas, custodia de seguridad, libertad vigilada, derecho penal de la seguridad, pronósticos de seguridad.

Abstract: Growing concern about dangerous offenders (terrorists, sex offenders, serial murderers, etc.) has led to several legislative reforms in recent years, both in Spain and in many other countries. Generally, the penalties are expanded or complemented with preventive measures to prevent dangerous criminals from re-offending. In this way, a sanction is imposed not by the crime they have committed, but for the crime they may commit in the future. This represents a significant change in the conception of criminal law, because punishment is no longer based on guilt but on dangerousness. The aim of this paper is to explain the political implications of this conception and from that point criticize recent reforms of Spanish Penal Code.

Keywords: Penalties, preventive measures, incapacitation, indeterminate sentences, preventive detention, probation, law and order, predictions of dangerousness.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD: ENTRE LA RETRIBUCIÓN Y LA PREVENCIÓN; III. PENAS AMPLIADAS Y MEDIDAS DE SEGU-

* Fecha de recepción: 29 de diciembre de 2014.

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2015.

** Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid (mario.maraver@uam.es). El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "Trastorno antisocial de la personalidad, psicopatía y reiteración delictiva" (CEMU – 2013-23) (IP: Enrique Peñaranda Ramos).

RIDAD COMPLEMENTARIAS A LA PENA: LA CUSTODIA DE SEGURIDAD; IV. LOS DELINCUENTES IMPUTABLES PELIGROSOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL; V. EL DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD; VI. LOS PRONÓSTICOS DE PELIGROSIDAD; VII. CONCLUSIONES; VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los debates que se viene planteando desde hace años en materia de sanciones penales es el relativo al tratamiento que debe darse a los *delincuentes imputables peligrosos*; es decir, a los sujetos que, además de ser responsables de la comisión de un determinado delito, muestran una especial tendencia delictiva y constituyen, en ese sentido, una amenaza para la sociedad (terroristas, delincuentes sexuales, asesinos en serie, miembros de organizaciones criminales, etc.). Al ser sujetos responsables y al mismo tiempo peligrosos, se plantea la posibilidad de sancionarlos atendiendo no sólo a su responsabilidad por el delito cometido, sino también a su peligrosidad criminal, utilizando en este caso la sanción como un medio con el que evitar que vuelvan a delinquir. Lo que se debate es, precisamente, si la sanción penal debe tener carácter retrospectivo y castigar al sujeto solamente por el delito que ha realizado o puede tener también un carácter prospectivo y contribuir a evitar que el sujeto lleve a cabo un nuevo delito. Esto último resulta delicado porque, al imponer la sanción en función de la peligrosidad, se está sancionando no por lo que se ha realizado, sino por lo que se puede llegar a realizar.

Por lo general, en los ordenamientos jurídicos en los que se admite la posibilidad de sancionar en función de la peligrosidad, o bien se reconoce que la sanción puede tener, efectivamente, una doble naturaleza: *retrospectiva* (con respecto al delito realizado) y *prospectiva* (con respecto al delito futuro), o bien se distingue entre dos tipos de sanciones o consecuencias jurídicas del delito: la *pena* (orientada principalmente al castigo o la retribución del delito cometido) y la *medida de seguridad* (orientada principalmente a la evitación o la prevención de un nuevo delito). Este segundo sistema, llamado «*dualista*» o «*de doble vía*», es el que se sigue en España y en buena parte de los países de nuestro entorno jurídico. En este sistema, por tanto, lo que se discute con respecto al tratamiento de los delincuentes imputables peligrosos es, básicamente, si se les debe imponer solamente una *pena* o se les puede aplicar, además, una *medida de seguridad*.

Este debate ha cobrado especial importancia en los últimos años con motivo, sobre todo, de la alarma que han generado algunos delincuentes considerados especialmente peligrosos, como los terroristas o los delincuentes sexuales, por ejemplo. Estos delincuentes reciben cada vez mayor atención en los medios de comunicación y se perciben como una grave amenaza para la sociedad. Hasta el punto de que, en ocasiones, se reacciona con indignación cuando se tiene conocimiento de que alguno de ellos ha reincidido en la comisión de un delito después de haber salido de prisión o, simplemente, está a punto de cumplir su

condena y salir en libertad. El creciente protagonismo que a nivel internacional han adquirido tales delincuentes peligrosos, unido a otra serie de factores que han ido configurando un discurso político-criminal centrado en la seguridad, se ha utilizado en los últimos años como principal argumento para llevar a cabo numerosas reformas legislativas destinadas no sólo a incrementar las penas, sino también, sobre todo, a complementarlas con diferentes medidas de seguridad.

Este es el camino que se ha seguido recientemente en España, a raíz de la reforma del Código Penal producida, en la anterior legislatura, por la LO 5/2010, de 22 de junio; y es también el camino que ha decidido continuar el actual Gobierno en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de octubre de 2013 (PRCP 2013)¹. Hasta esa reforma de 2010, el Código Penal de 1995 no contemplaba ningún tipo de tratamiento penal complementario para los delincuentes imputables peligrosos; una vez cumplida la pena, el condenado no podía ser sometido a otro tipo de medida, por peligroso que fuera. La medida de seguridad quedaba reservada únicamente para los sujetos inimputables (o semiimputables) que hubieran puesto de manifiesto su peligrosidad con la comisión de un hecho delictivo. El nuevo modelo introducido por la LO 5/2010, de 22 junio, se caracteriza, en cambio, por abrir la posibilidad de que a los delincuentes imputables peligrosos se les imponga, además de la pena, una medida de seguridad. Se parte de la idea de que la pena, al centrarse en la culpabilidad por el hecho cometido, no siempre es adecuada para tratar la peligrosidad del delincuente. Es posible, se dice, que una vez cumplida la pena, persista la peligrosidad del sujeto, de manera que para proteger a la sociedad es necesario que a los delincuentes que siguen siendo peligrosos se les pueda imponer no solamente una pena, sino también una medida complementaria que contribuya a reducir el riesgo de reincidencia².

En el presente trabajo se pretende realizar algunas consideraciones críticas sobre este modelo sancionador introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, que quiere consolidar y desarrollar el Proyecto de Reforma de 2013. Para ello, se empezará haciendo algunas observaciones sobre el sistema dualista de sanciones y el tipo de relaciones que, en el caso de los sujetos imputables, pueden establecerse entre penas y medidas de seguridad (*infra* II). A continuación, se hará una exposición muy general del modo en que la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico ha afrontado últimamente el tratamiento penal de los delincuentes peligrosos, con especial referencia al modelo alemán y a los problemas que ha generado recientemente su principal medida de seguridad: la llamada «custodia de seguridad» (*infra* III). Posteriormente, se explicará la evolución seguida a este respecto por el Código Penal español, analizando las modificaciones más importantes planteadas tanto en la LO 5/2010, de 22 de junio, como en el Proyecto de Reforma de 2013 (*infra* IV). A partir de ahí, se formulará una crítica al llamado «Derecho penal de la seguridad» y al discurso político-criminal que se ve reflejado en la mayoría de las reformas legislativas producidas

¹ Así como en el Anteproyecto de 16 de julio de 2012 (APRCP 2012).

² Cfr., en este sentido, el apartado IV del Preámbulo de LO 5/2010, de 22 de junio, y el apartado VII de la Exposición de Motivos del PRCP 2013.

en esta materia (*infra* V). Seguidamente, desde esa misma perspectiva crítica, se cuestionará la utilización de *pronósticos de peligrosidad* para justificar la aplicación de medidas de seguridad complementarias a la pena, destacando las objeciones técnicas y valorativas que se vienen haciendo a tales pronósticos (*infra* VI). A modo de conclusión, se rechazará el modelo sancionador basado en la acumulación de penas y medidas de seguridad y se harán algunas sugerencias sobre el tipo de medidas preventivas que se podrían aplicar, en su caso, a los delincuentes imputables peligrosos (*infra* VII).

II. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD: ENTRE LA RETRIBUCIÓN Y LA PREVENCIÓN

El «sistema dualista», que es el sistema de sanciones que sigue en líneas generales nuestro Código Penal, se caracteriza por reconocer la existencia de dos clases de sanciones o consecuencias jurídicas del delito: unas basadas en la retribución (penas) y otras basadas en la prevención (medidas de seguridad). Suele decirse que este sistema, que surgió en Suiza a finales del siglo XIX³ y que, a partir de ahí, se fue extendiendo a otros muchos países⁴, se presentó en su día, precisamente, como una «solución de compromiso» entre las dos principales teorías de la pena: la teoría *retributiva* y la teoría *preventiva*⁵. Se partía de la primacía de la pena como sanción de naturaleza retributiva, fundamentada en la culpabilidad, pero se admitía la necesidad de complementarla en ocasiones, por razones preventivas, con otro tipo de medidas fundamentadas en la peligrosidad⁶. Concretamente, se consideraban necesarias estas *medidas de seguridad* en los casos en los que el castigo basado en la culpabilidad era claramente insuficiente para responder a la peligrosidad del sujeto, bien porque directamente el sujeto no tuviera capacidad de culpabilidad (inimputabilidad) –o la tuviera limitada (semiimputabilidad)–, bien porque el sujeto resultara especialmente peligroso⁷. Se optaba así por un internamiento para inimputables y semiimputables, y un ingreso en un centro de custodia para sujetos imputables reincidentes o especialmente peligrosos⁸.

³ Lo formula concretamente Carl Stoops, autor del Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893. Cfr., a este respecto, por todos, JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, p. 24.

⁴ Además de Suiza, países como Alemania, Austria, Italia, Portugal y España. Cfr. JORGE BARREIRO, *LH-Mir Puig*, p. 623, n. 60.

⁵ JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 41-42.

⁶ Es una respuesta desde las teorías clásicas basadas en la retribución, frente a la tesis monistas de los positivos italianos, que proponía sustituir las penas por medidas de carácter preventivo, y frente a la idea de «pena-fin» de von Liszt, que defendía una concepción de la pena de carácter preventivo que cumpliera, en función de los destinatarios, las tres dimensiones de la prevención individual: disuasión, resocialización y, para los delincuentes habituales incorregibles, inoquización. Cfr. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 26-28.

⁷ Esta última era la que preocupaba principalmente a quienes criticaban la pena basada exclusivamente en la retribución. Cfr. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 27-28.

⁸ Cfr. FRISCH, *InDret*, 3/2007, p. 5.

Así pues, frente al «sistema monista», que propone una única modalidad de sanción, basada en la retribución, en la prevención o en una mezcla de ambas cosas, el «sistema dualista» admite la posibilidad de usar, e incluso combinar, dos tipos de sanciones, intentando destacar en todo caso su diferente *fundamento* y *finalidad*. Mientras que la pena se fundamenta en la *culpabilidad*, entendida como un juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por el delito cometido, la medida de seguridad se fundamenta en la *peligrosidad*, entendida como un juicio de pronóstico sobre la probabilidad de comisión de un nuevo delito. Por otra parte, mientras que la pena tiene una finalidad esencialmente *retributiva* que se manifiesta en el castigo infligido al autor, la medida de seguridad tienen una finalidad esencialmente *preventiva* que se materializa en la adopción de medidas destinadas a impedir que el sujeto vuelva a delinquir. Se trata, concretamente, de una *finalidad preventivo-especial*, puesto que pretende prevenir la actuación delictiva del propio individuo al que se aplica la medida. Por lo demás, dado que, según los casos, la prevención puede consistir en el tratamiento de las causas de la peligrosidad (enfermedades mentales, adicciones, etc.) o, directamente, en el aseguramiento o la custodia del sujeto peligroso, se puede hablar también, más propiamente, de *medidas de corrección o seguridad*⁹. La naturaleza y la duración de la sanción también son, en principio, diferentes en uno y otro caso: la pena presenta carácter aflictivo y tiene una duración determinada en función de la gravedad del delito y del reproche dirigido al autor; la medida de seguridad, por su parte, es más aséptica y puede durar, en teoría, todo el tiempo que se mantenga la peligrosidad¹⁰.

Desde luego, esta absoluta diferenciación entre la pena y la medida de seguridad es sólo teórica. En realidad, no siempre es posible apreciar claramente esas diferencias¹¹. Por una parte, porque a la pena se le reconoce también una naturaleza preventiva e incluso una naturaleza preventivo-especial, lo cual se pone de manifiesto no sólo en el momento en el que se impone la sanción —cuando se valoran por ejemplo aspectos relacionados con el riesgo de reincidencia—, sino también, sobre todo, en el momento de su ejecución —cuando, apelando a la finalidad resocializadora de la pena, se aplica un modelo progresivo de cumplimiento o se conceden beneficios penitenciarios—. Por otra parte, porque la medida de seguridad, además de cumplir también en cierto modo una función intimidatoria o de prevención general, supone a menudo tal grado de afectación de los derechos individuales que difícilmente puede diferenciarse de un verdadero castigo; especialmente, cuando se trata de medidas privativas de libertad destinadas a la custodia o al aseguramiento. Esto último resulta particularmente relevante, pues la medida de seguridad, como se ha visto, puede

⁹ En la terminología propia del Código Penal alemán que propone, entre nosotros, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 73-76.

¹⁰ Cfr. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 163 y ss.

¹¹ Sobre las semejanzas materiales entre ambas sanciones, Cfr., por ejemplo, JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 95-98; MUÑOZ CONDE, *Estudios Penales y Criminológicos VI*, 1982, pp. 224-234; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, pp. 25-28; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 75-77; FRISCH, *InDret*, 3/2007, pp. 14-15; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 46-50.

llegar a tener una duración indeterminada, en función del tiempo que persista la peligrosidad de la persona sancionada. Por este motivo, suele llamarse la atención sobre el «*fraude de etiquetas*»¹² que supondría utilizar la vía de la medida de seguridad para, materialmente, acabar imponiendo una pena de duración indeterminada o de duración en todo caso superior a la que correspondería atendiendo a la culpabilidad del autor¹³.

En todo caso, el hecho de que las diferencias entre las penas y las medidas de seguridad se vayan reduciendo no impide seguir apreciando su diferente fundamento y naturaleza; con independencia del nombre que reciba, la sanción puede tener una fundamentación o una finalidad distinta, y en función de que se opte por una u otra sanción las limitaciones pueden ser también distintas¹⁴. El problema surge, como se verá más adelante, cuando la combinación de penas y medidas sirve como coartada para no respetar ninguna de esas limitaciones que les son propias.

Ante la creciente importancia adquirida por las medidas de seguridad, la doctrina ha intentado buscar alguna fundamentación que vaya más allá de la mera referencia a la peligrosidad del autor. La fundamentación o legitimación de la sanción se vuelve en estos casos más difícil porque no se toma como referencia directamente la conducta realizada por el autor. Aunque en un primer momento se utilizaron justificaciones utilitaristas que apelaban a la necesidad de garantizar la seguridad de la comunidad, con el tiempo se ha ido dando paso a otras explicaciones más preocupadas por los derechos del individuo peligroso¹⁵. Se destaca, en este sentido, la necesidad de matizar esa clase de justificaciones utilitaristas para no instrumentalizar a los ciudadanos convirtiéndolos en meros objetos que deben ser neutralizados. A partir de ahí, se concede un especial valor al interés que representan la libertad y los demás derechos del sujeto afectado, llegando incluso a mencionarse el deber del Estado de proteger no sólo los derechos de las posibles víctimas, sino también los derechos del sujeto peligroso¹⁶. El «principio del interés preponderante», que es el criterio que se utiliza mayoritariamente para legitimar las medidas de seguridad, establece precisamente que las medidas estarán justificadas cuando el interés público de la seguridad tenga más peso que los derechos del individuo sancionado¹⁷. Teniendo en cuenta lo difícil que es ese tipo de ponderación, puede decirse que, en realidad, de lo que se trata en última instancia es de respetar la libertad individual y someter la intervención estatal a ciertos límites derivados

¹² Cfr. ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 45, con más referencias sobre el origen de la expresión.

¹³ O incluso dar lugar a una doble sanción, imponiendo penas y medidas como una simple forma de agravar la pena. Cfr. JORGE BARREIRO, en VV.AA., *Modernas tendencias*, p. 167.

¹⁴ Defienden la posibilidad de seguir estableciendo diferenciaciones entre penas y medidas en atención a que el acento se ponga más en la retribución o en la prevención, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, pp. 29-32; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, p. 40; FRISCH, *InDret*, 3/2007, pp. 16-17; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 51-55.

¹⁵ Cfr. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, pp. 81 y ss.

¹⁶ FRISCH, *InDret*, 3/2007, p. 22-23.

¹⁷ Cfr., con más detalle, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 78 y ss.

del principio de proporcionalidad y de los correspondientes criterios de interpretación que integran este principio: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁸.

En ocasiones, se opta por limitar el ámbito de aplicación de estas medidas de seguridad, reservándolas para los supuestos en los que el autor del hecho delictivo es inimputable y no puede ser sancionado con una pena. Se reconoce de este modo una cierta incompatibilidad entre la pena y la medida de seguridad. Se aplica la pena cuando el sujeto es imputable y se aplica la medida cuando el sujeto es inimputable. Este modelo, que se conoce como «*dualismo tendencialmente monista*»¹⁹ o «*monismo de disposición*»²⁰, es el modelo que, en lo esencial, con alguna matización con respecto a los casos de sujetos semiimputables, ha estado vigente en el Código Penal español desde su aprobación en 1995 hasta su modificación en 2010. Constituye una particularidad importante frente al sistema dualista que se implantó originariamente en el ordenamiento jurídico suizo y que, posteriormente, se ha ido reflejando en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países de nuestro entorno. Este sistema dualista, como se ha señalado más arriba, se ideó precisamente para suplir las carencias preventivas de la pena frente a los sujetos peligrosos, con independencia de que estos tuvieran o no capacidad de culpabilidad. La medida de seguridad se presentaba efectivamente como una sanción para sujetos peligrosos y no como una sanción para sujetos inimputables²¹.

Detrás de esta opción del legislador español, que ha venido siendo objeto de intenso debate en la doctrina penal española, se observa la desconfianza mostrada por un sector doctrinal ya no tanto hacia la medida de seguridad²², como hacia la acumulación entre la pena y la medida de seguridad, con el fraude de etiquetas que generalmente esconde dicha acumulación²³. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en función del modo en el que se

¹⁸ ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 102 y ss. Cfr., también, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, pp. 43-48, apuntando el debate político-criminal que se encuentra en el fondo de la ponderación, que no es otro que el relativo a quién debe soportar en mayor medida el riesgo de una futura actuación delictiva del sujeto, la sociedad o el propio individuo; es decir, el debate entre una opción de carácter más liberal o una opción de carácter más autoritario.

¹⁹ JORGE BARREIRO, en VV.AA., *Modernas tendencias*, p. 172.

²⁰ FRISCH, *InDret*, 3/2007, p. 8.

²¹ Cfr. JORGE BARREIRO, en VV.AA., *Modernas tendencias*, pp. 172 y ss. Apunta este autor que éste es también el modelo que sigue el CP portugués, donde la aplicación de medidas privativas de libertad se limita a los delinquentes inimputables, reservando para los delinquentes imputables por tendencia y para los especialmente peligrosos una pena relativamente indeterminada (*op. cit.*, pp. 180-181).

²² Cuya eficacia rehabilitadora, no obstante, se pone en duda en ocasiones frente a los sujetos imputables. Cfr. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, pp. 85-90.

²³ Cfr., principalmente, QUINTERO OLIVARES, en VV.AA., *La reforma penal y penitenciaria*, pp. 572-573 y 584-587, quien propone renunciar a la aplicación de medidas de seguridad en el caso de delinquentes profesionales o habituales y concentrar los esfuerzos en la ejecución individualizada de la pena. Cfr., en sentido parecido, MUÑOZ CONDE, *Estudios Penales y Criminológicos VI*, 1982, pp. 224-228 y 236-239, quien critica con carácter general la combinación de penas y medidas de seguridad, admitiéndola solo de manera excepcional para los delinquentes imputables peligrosos y siempre que se siga un modelo vicarial o de sustitución. Cfr., también, ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, pp. 94-96,

combinan la pena y la medida de seguridad, se puede diferenciar a su vez entre un *sistema dualista rígido*, en el que directamente se suman ambos tipos de sanciones, y un *sistema dualista flexible*, también llamado «de sustitución» o «vicarial», en el que se opta por aplicar una de las sanciones en sustitución de la otra: por lo general, la medida de seguridad en sustitución –total o parcial– de la pena, evitando así su acumulación y, en su caso, la doble privación de libertad²⁴. Este dualismo *flexible*, que es el que de hecho se adoptó en los primeros sistemas dualistas y el que sigue el Código Penal español en relación con los delincuentes semiimputables –a los que sí aplica conjuntamente una pena y una medida de seguridad–, puede ofrecer también una garantía para evitar el fraude de etiquetas y limitar el alcance de la sanción penal²⁵.

Como puede comprobarse, la cuestión relativa al tratamiento penal que debe darse a los delincuentes imputables peligrosos forma parte del clásico debate sobre la naturaleza de la sanción penal y sobre la difícil relación entre penas y medidas de seguridad. Desde el punto de vista político-criminal, el problema se plantea principalmente por el riesgo de que, frente a este tipo de delincuentes, la reacción penal termine resultando indeterminada y desproporcionada. Aunque ese riesgo se hace más patente cuando se parte de un sistema monista en el que la perspectiva preventiva acaba impregnando toda la pena, los problemas no desaparecen cuando se establece una distinción teórica entre penas y medidas de seguridad. La semejanza que puede producirse materialmente en la naturaleza y el contenido de ambas sanciones impone cierta precaución a la hora de valorar la posibilidad de combinar unas y otras. Las opciones, a partir de ahí, pueden ser varias: descartar la aplicación de medidas de seguridad a delincuentes imputables peligrosos, aplicar medidas de seguridad pero adoptando un dualismo flexible o, finalmente, optar por un dualismo rígido, asumiendo la necesidad de complementar también en estos casos la pena con medidas de seguridad, aunque estableciendo algunos límites y respetando en todo momento el principio de proporcionalidad.

III. PENAS AMPLIADAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD COMPLEMENTARIAS A LA PENA: LA CUSTODIA DE SEGURIDAD

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos existe alguna forma de sanción penal de carácter preventivo-especial prevista para los delincuentes imputables peligrosos. En los ordenamientos jurídicos que tienen un sistema monista, como los de EEUU o Reino Unido,

mostrándose escéptico con respecto a la eficacia de la medida de seguridad en el caso de los sujetos imputables –habituales, profesionales o incorregibles– y proponiendo igualmente reconducir en este caso los objetivos de resocialización y de intimidación individual hacia la pena, recurriendo excepcionalmente al internamiento en centro de terapia social si presentan graves anomalías en la personalidad.

²⁴ Cfr., con más detalle, JORGE BARREIRO, en VV.AA., *Modernas tendencias*, pp. 169 y ss.

²⁵ De esta opinión, principalmente, JORGE BARREIRO, en VV.AA., *Modernas tendencias*, p. 169; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, pp. 32-35; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, pp. 32-33.

por ejemplo, suele tratarse principalmente de una pena privativa de libertad ampliada o de extrema duración, mientras que en los ordenamientos jurídicos que siguen un sistema dualista, como los países de la Europa continental, suele tratarse de una medida de seguridad complementaria a la pena²⁶.

En los últimos 20 años se han producido, además, varias reformas legislativas dirigidas a intensificar estas sanciones o medidas de carácter preventivo. Puede apreciarse, en este sentido, una creciente preocupación por controlar los niveles de reincidencia ya no a partir de medidas basadas en el tratamiento o la resocialización del condenado, sino a través de medidas orientadas a la neutralización o *inocuidación* de los delincuentes peligrosos²⁷.

El ejemplo más paradigmático de esta evolución se encuentra en EEUU, donde las políticas conservadoras de los años 80 del pasado siglo acabaron con el sistema penal centrado en el tratamiento y la rehabilitación del delincuente²⁸. En ese momento, se adopta efectivamente un discurso político criminal de «ley y orden», de carácter *defensista*, para el que lo importante ya no es comprender y ayudar al delincuente, sino presentarlo como una amenaza para la sociedad²⁹. A partir de ahí, se procede a un incremento exacerbado de las penas para los delincuentes reincidentes por medio fundamentalmente de las llamadas leyes «*three strikes*»³⁰, que conducen a castigar la comisión de terceros delitos, incluidos los patrimoniales, con penas de prisión superiores a los 25 años o incluso con cadena perpetua³¹. Al mismo tiempo, se limita el recurso a medidas destinadas a favorecer la reinserción progresiva del delincuente, como por ejemplo la libertad condicional (*parole*), para la que se exige el cumplimiento de un mínimo de años de prisión cada vez más elevado³² o el sometimiento a algún tratamiento terapéutico³³. Los delincuentes sexuales, por su parte, ya no son vistos como psicópatas o enfermos, sino como «*depredadores sexuales*», y se aprueban para ellos, a lo largo de los años 90, leyes específicas en las que se prevé la obligación de que, una vez cumplida la pena inicialmente prevista, permanezcan en prisión por tiempo indeterminado, hasta que dejen de ser peligrosos para la sociedad³⁴. No se renuncia en estos casos al tratamiento a través de un internamiento en un centro especializado (*civil com-*

²⁶ Cfr., por todos, con carácter general, ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperren?*, p. 438.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Barbero Santos*, pp. 702 y ss.

²⁸ ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperren?*, p. 471.

²⁹ Cfr., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Barbero Santos*, p. 703, apuntando a una combinación de la teoría neoclásica de «*just deserts*» con elementos defensistas e inocuidadores del discurso de «*law and order*». Cfr., también, ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperren?*, pp. 482-483.

³⁰ Es el nombre que reciben generalmente las leyes que empezaron a aprobarse en EEUU, a principios de los años 90, para delincuentes reincidentes (*habitual offenders*) en EEUU. Reciben esta denominación de la expresión utilizada en el béisbol («*three strikes and you're out*»).

³¹ WALTHER, *MschKrim* 80 (1997), pp. 203-205.

³² WALTHER, *MschKrim* 80 (1997), p. 201.

³³ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Barbero Santos*, p. 707.

³⁴ ROBLES PLANAS, *InDret*, 4/2007, p. 5.

mitment), pero ya no se utiliza como sustitutivo de la pena, sino como un suplemento de la misma, destinado esencialmente a mantener a estos delincuentes alejados de la sociedad³⁵.

La preferencia por la prevención a través de la neutralización en detrimento ya no solo del tratamiento terapéutico, sino incluso de la propia retribución, se pone también de manifiesto en las políticas de «*incapacitación selectiva*» que empiezan a proponerse en aquella misma época³⁶. Se parte de la idea de que para reducir el número de delitos es necesario neutralizar o incapacitar a los sujetos que muestran una mayor tendencia delictiva. Se entiende, efectivamente, que el modo más eficaz de reducir las tasas de criminalidad pasa por identificar e incapacitar a estos delincuentes peligrosos. Es en ellos, y no en los delincuentes ocasionales, en los que hay que centrar la atención y garantizar su permanencia en prisión. No es tan importante el delito que hayan cometido, como la diferente probabilidad de reincidencia que se manifiesta en unos y otros; de ahí su carácter selectivo. Para establecer la selección, además, no solo se tiene en cuenta el número de delitos cometidos, sino también otros datos objetivos a partir de los cuales se cree poder predecir la reincidencia; datos como los relativos a las sanciones recibidas en el período de juventud, el consumo de drogas o la situación de desempleo, entre otros³⁷. Empiezan así a proliferar los estudios estadísticos que pretenden identificar de manera más fiable aquellos aspectos del individuo que permiten predecir el riesgo de reincidencia.

Como complemento de todas estas iniciativas centradas en la privación de libertad, se proponen además otra serie de medidas de carácter igualmente *inocuidador*, entre las que destacan la *castración química* para los delincuentes sexuales, la publicación de *listados o registros* con nombres de delincuentes peligrosos y la *libertad vigilada* para quienes salen de prisión o del centro de internamiento³⁸.

Esta evolución que tuvo lugar en EEUU se ha ido produciendo también en otros muchos países. Cuando no se amplían o prolongan las penas de prisión para los delincuentes considerados reincidentes o peligrosos, se imponen medidas de seguridad privativas de libertad complementarias a la pena. Tanto en un caso como en otro, se trata de sanciones que no guardan proporción con la gravedad del delito cometido, sino con la peligrosidad que se le presume al autor del mismo³⁹.

³⁵ En lo que podría verse como una forma camuflada de custodia preventiva (*preventive detention*). Así WALTHER, *MschKrim* 80 (1997), pp. 204-205.

³⁶ Uno de sus primeros defensores fue James Q. WILSON, de quien puede encontrarse un pequeño artículo de presentación bajo el título «*Selective Incapacitation*», del año 1983, en VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing*², pp. 113 y ss. Se comenta en este artículo un estudio sobre predicción de la reincidencia delictiva elaborado en EEUU por Peter W. Greenwood para la empresa Rand, a principios de los años 80.

³⁷ WILSON, en VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing*², pp. 116-117.

³⁸ Cfr., con carácter general, WALTHER, *MschKrim* 80 (1997), pp. 208 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Marino Barbero*, p. 705; ROBLES PLANAS, *InDret*, 4/2007, pp. 8 y ss; ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 228-256.

³⁹ Sobre la tendencia de los países monistas al incremento progresivo de la pena, Cfr., también, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 51, n. 21; FRISCH, *InDret*, 3/2007, p. 9, para quien en estos países se termina así adoptando de algún modo la «pena-fin» de von Liszt, aunque con cien años de retraso.

En Reino Unido, por ejemplo, país con sistema monista⁴⁰, se producen modificaciones legislativas a partir los años 90 que culminan en la *Criminal Justice Act* de 2003, en las que se prevén, dependiendo de la gravedad de los delitos cometidos, *penas ampliadas* o, incluso, *indeterminadas* para los delincuentes reincidentes⁴¹; penas de prisión fundamentadas en la peligrosidad del autor cuya duración se hace depender precisamente del tiempo que persista esa peligrosidad⁴². Se establecen también penas indeterminadas, en función de la peligrosidad del condenado, en países como Australia o Canadá⁴³, o incluso en Portugal, que adopta un modelo de sanciones tendencialmente monista (con penas para imputables y medidas de seguridad para inimputables) y contempla una pena de *prisión relativamente indeterminada* –con límite máximo de cumplimiento– para los llamados «delincuentes de tendencia»⁴⁴.

En los países con sistema dualista la práctica más habitual es aplicar, con posterioridad a la pena de prisión, una medida de seguridad privativa de libertad («*custodia de seguridad*»). Así, por ejemplo, en Suiza, Alemania y Austria⁴⁵, pero también en Italia⁴⁶ o Bélgica⁴⁷, e incluso en Francia, que en 2008 introdujo la *rétenion de sûreté*⁴⁸. Algunos de estos países, como Suiza o Alemania, ya tenían prevista esta medida desde hacía tiempo en sus respectivos ordenamientos jurídicos, pero es a partir de los años 90 cuando comienzan a hacer un mayor uso de ella, llegando a realizar reformas legislativas destinadas a ampliar

⁴⁰ No obstante, hasta la *Criminal Justice Act* de 1967, que introduce la «pena ampliada» («*extended sentence*»), se seguía un sistema dualista o de doble vía, con una medida de custodia preventiva («*preventive detention*») que se podía añadir a la pena en el caso de delincuentes reincidentes y peligrosos. Cfr. ASHWORTH, *Sentencing & Criminal Justice*³, pp. 160-161.

⁴¹ Cfr. ASHWORTH, *Sentencing & Criminal Justice*³, pp. 178-179, reconociendo que algunas penas introducidas a finales de los años noventa como la «*automatic life sentence*» siguen el modelo de las leyes «*three strikes*» norteamericanas.

⁴² Cfr., con carácter general, ASHWORTH, *Sentencing & Criminal Justice*³, pp. 178 y ss., explicando que existe un periodo mínimo de años de cumplimiento (*tariff period*) y que después la liberación depende de que la Junta de libertad condicional (*Parole Board*) considere que el condenado puede ser o no peligroso para la sociedad. Cfr., también, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Barbero Santos*, p. 706, n. 31; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, pp. 65-66; ROBLES PLANAS, *InDret*, 4/2007, p. 5; GARCÍA ALBERO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, p. 131.

⁴³ Cfr. GARCÍA ALBERO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, p. 130.

⁴⁴ Cfr. JORGE BARREIRO, en VV.AA., *Modernas tendencias*, pp. 180 y ss.; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, p. 63; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *RDP* 22, 2007, p. 77.

⁴⁵ Cfr. DRENKHAHN/MORGENSTERN, *ZStW* 124 (2012), pp. 161-168.

⁴⁶ Cfr. GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, p. 43.

⁴⁷ Cfr. DRENKHAHN/MORGENSTERN, *ZStW* 124 (2012), pp. 168-169.

⁴⁸ Sobre la introducción de esta nueva medida en el Derecho francés y la resolución del Consejo Constitucional francés, admitiendo su constitucionalidad, Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, *InDret*, 3/2008, pp. 8-11. Cfr., también, desde un punto de vista político-criminal, recogiendo las principales críticas que se han hecho a esta nueva medida, WYVEKENS, *Deviance et société*, vol. 4, n° 4, 2010, pp. 511-522.

su ámbito de aplicación y endurecer su régimen de ejecución⁴⁹. Otros países, en cambio, la introducen por primera vez, como en el caso de Francia, o como parecía que iba a ser el caso de España, hasta que el PRCP 2013 dejó fuera la «custodia de seguridad» que había sido propuesta inicialmente en el APRCP 2012. El protagonismo que ha alcanzado esta medida en los países europeos es tal que, recientemente, el 19 de febrero de 2014, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en una Recomendación sobre delincuentes peligrosos, ha sugerido a los Estados miembros la adopción de una medida de este tipo denominada «*secure preventive detention*»⁵⁰.

Ya sea a través de penas de prisión ampliadas o a través de medidas de seguridad complementarias a la pena, lo cierto es que en los últimos años han ido aumentando sustancialmente las sanciones previstas para los delincuentes imputables peligrosos. A estos efectos, tanto un modelo como otro han llegado a los mismos resultados⁵¹. En ocasiones, dando lugar prácticamente al mismo tipo de sanción, pues en algunos países la custodia de seguridad se puede cumplir también en un centro penitenciario e incluso por un tiempo indeterminado. Precisamente por eso no puede dejar de insistirse en lo importante que es mantener un sistema dualista o hacer explícita al menos la diferente naturaleza de aquella parte de la sanción que se basa solo en la peligrosidad. Su fundamentación, como se ha visto, es particularmente delicada porque supone sancionar a una persona no por lo que ha hecho, sino por lo que es o por lo que puede llegar a hacer. Eso debe llevar necesariamente a una aplicación más cuidadosa y limitada de la misma, dotándola de una serie de garantías específicas que no tienen por qué coincidir con las de la pena o la sanción basada en la culpabilidad. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) viene manifestando que, con independencia del nombre que reciba la sanción, es necesario identificar qué parte de la misma esta basada en la peligrosidad, porque el sancionado debe tener garantizada la posibilidad de solicitar periódicamente la revisión de la sanción, en función de que se mantenga o no su estado de peligrosidad⁵².

⁴⁹ En Suiza se llega a producir en 2004 una reforma constitucional por iniciativa popular para modificar el art. 123a de la Constitución y permitir que los delincuentes extraordinariamente peligrosos y no susceptibles de tratamiento sean internados en una custodia de seguridad por vida, sin posibilidad de revisión salvo que los nuevos descubrimientos científicos acrediten que el sujeto puede ser tratado y no existe riesgo para la sociedad. Cfr., con más detalle, JORGE BARREIRO, *LH-Mir Puig*, pp. 652-653.

⁵⁰ CM/Rec(2014)3

⁵¹ Se ha llegado a decir, en este sentido, que las diferencias entre sistemas monistas y sistemas dualistas desaparecen desde la «óptica de la inoquización». Así, ROBLES PLANAS, *InDret*, 4/2007, p. 4.

⁵² Cfr., en este sentido, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 311-314, y la jurisprudencia del TEDH allí citada. Esta autora hace alusión a su vez a una sentencia de la Corte Suprema argentina del año 2006 (Caso Gramajo), en la que se planteaba la constitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado para delincuentes reincidentes y en la que se adoptan planteamientos parecidos a los del TEDH. La Corte reconoce que podría sospecharse que tal sanción es una medida de seguridad, pero que, al ejecutarse en un centro de reclusión y no estar orientada al tratamiento terapéutico del delincuente, se debe llegar a la conclusión de que es una pena, que al ser indeterminada y no ajustarse principio de culpabilidad debe declararse inconstitucional.

En general, los principales problemas se producen cuando no se tienen presentes las diferencias entre unas sanciones y otras; cuando se incurre en un *fraude de etiquetas*, utilizando la vía de la medida de seguridad para terminar imponiendo una auténtica pena. En tales casos, lo normal es que la sanción no se someta ni a los principios limitadores que son propios de la pena ni a los principios limitadores que son propios de la medida de seguridad. Estos problemas son los que, como se verá a continuación, se han puesto de manifiesto recientemente en la evolución que ha seguido en Alemania la regulación de la custodia de seguridad.

Aunque la custodia de seguridad se introdujo en el Código Penal alemán en el año 1933, durante el régimen nacionalsocialista, mediante la *Ley contra delinquentes habituales peligrosos*, no fue objeto de particular atención hasta los años 90⁵³, cuando una serie de delitos sexuales especialmente violentos conmocionaron a la sociedad alemana y motivaron su reforma⁵⁴. Dado que los autores de aquellos delitos habían sido condenados previamente por otros delitos de la misma naturaleza, se planteó la posibilidad de utilizar la custodia de seguridad para lograr una mayor protección frente a los delinquentes sexuales reincidentes⁵⁵. Así, en el año 1998, a través de la *Ley de represión de los delitos sexuales y otros delitos peligrosos*, se llevó a cabo una reforma del Código Penal en la que se modificaban algunos aspectos importantes de esta medida. Por una parte, se reducía el número de delitos previos necesarios para su imposición y, por otra parte, se suprimía, con respecto a los delinquentes sexuales violentos, el límite de 10 años que se había previsto inicialmente. Como tales reformas no terminaron de tranquilizar a la sociedad, se produjo una nueva reforma en el año 2002 para introducir una «reserva en la imposición de la custodia de seguridad» (*Vorbehaltene Sicherungsverwahrung*); es decir, para permitir al juez reservarse en la sentencia la posibilidad de imponer la custodia de seguridad en un momento posterior, al finalizar la ejecución de la pena, cuando puede resultar más fácil pronosticar la peligrosidad del condenado. Esta reforma, sin embargo, tampoco sirvió para calmar las demandas de mayor seguridad frente a los delinquentes sexuales, pues había casos antiguos (*Altfälle*) de delinquentes que habían sido condenados antes de las reformas, a los que, en principio, no se podría aplicar la custodia de seguridad y que, por tanto, podían salir en libertad en los próximos años. Mientras el Gobierno alemán presentaba al Parlamento un proyecto de ley para reformar el Código penal y habilitar una posible «imposición posterior de la custodia de seguridad» (*Nachträgliche Sicherungsverwahrung*), algunos *Länder* decidieron no esperar la aprobación de la ley y adoptar directamente normas territoriales de internamiento con las

⁵³ En aquella época coincidieron algunos delitos de abusos sexuales producidos en Alemania y el conocido caso de Marc Dutroux, que fue condenado por secuestrar, violar y asesinar a varias niñas en Bélgica, alguna de ellas después de haber sido previamente condenado, mientras disfrutaba de la libertad condicional. Cfr., con más detalle, ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperrten?*, pp. 431-432.

⁵⁴ Cfr., por ejemplo, HÖRNLE, *StV*, 2006, p. 383, CANO PAÑOS, *CPC*, 2007, pp. 208-211 y 245; ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperrten?*, p. 439.

⁵⁵ A pesar de que el número de delitos sexuales no solo no había ido en aumento, sino que venía experimentando un continuo retroceso, siendo en general un tipo de delincuencia de escasa producción y con niveles de reincidencia de entorno al 12/14%. Cfr. CANO PAÑOS, *CPC*, 2007, pp. 219-220.

que aplicar por sí mismos la custodia de seguridad, alegando que eran plenamente competentes por tratarse de Derecho policial. El Tribunal Constitucional alemán, sin embargo, en una sentencia de 10 de febrero de 2004⁵⁶, declara inconstitucionales tales normas por considerar que son propias del Derecho penal y, por tanto, competencia del Estado federal. Curiosamente, no llega a declarar su nulidad, sino que permite su aplicación durante unos meses más, dando tiempo así a que finalmente, ese mismo año, se aprobara la reforma del Código Penal proyectada en la que se reconocía la posibilidad de aplicar la custodia de seguridad incluso en los casos en que no había sido prevista en la sentencia condenatoria, pudiendo imponerse por tanto a quienes ya se encontraban cumpliendo condena e incluso estaban a punto de salir en libertad⁵⁷.

El Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 5 de febrero de 2004⁵⁸, resolviendo el recurso presentado por una de las personas que se habían visto afectadas por la supresión del límite de los 10 años, declaró que la nueva custodia de seguridad, a pesar de ser indeterminada y a pesar de poder imponerse a sujetos que habían sido condenados antes de las reformas, no resultaba contraria ni al *principio de proporcionalidad* ni al *principio de irretroactividad*, porque no constituye una pena, sino una medida de seguridad, de modo que no busca compensar o sancionar la culpabilidad del autor, sino prevenir su peligrosidad⁵⁹. Con respecto a esto último, destaca además el Tribunal Constitucional el importante riesgo que estos delincuentes peligrosos a los que se aplicaba la medida podían representar para los bienes jurídicos de terceras personas⁶⁰.

El mismo caso que resolvió el Tribunal Constitucional alemán se planteó poco después ante el TEDH, que en sentencia de 17 de diciembre de 2009⁶¹ llega a la conclusión de que la custodia de seguridad alemana, en su modo de ejecución, se asemeja plenamente a una pena y, por tanto, debe someterse a sus mismos principios limitadores, incluido el principio de irretroactividad⁶². En la línea expresada en sentencias anteriores, sostiene el TEDH que con independencia del nombre que se asigne a la sanción en los respectivos ordenamientos jurídicos, resulta obligado examinar su verdadera naturaleza para valorar los principios limitadores que le son aplicables⁶³.

A raíz de un nuevo recurso, el Tribunal Constitucional alemán vuelve a pronunciarse sobre la custodia de seguridad en una sentencia de 4 de mayo de 2011⁶⁴. En esta ocasión,

⁵⁶ *BverfG* 109, 190.

⁵⁷ Cfr., con más detalle, CANO PAÑOS, *CPC*, 2007, pp. 208-236.

⁵⁸ *BverfG* 109, 133.

⁵⁹ *BverfG* 109, 133 (173 y ss.).

⁶⁰ *BverfG* 109, 133 (167).

⁶¹ Caso M. c. Alemania, STEDH, 5ª, 17.12.2009 (19359/04)

⁶² Sostiene, concretamente, que esta medida es contraria al art. 5 CEDH, por no derivarse la sanción directamente de la sentencia impuesta por el tribunal juzgador, y al art. 7 CEDH, por aplicarse de manera retroactiva. Cfr. Caso M. c. Alemania, STEDH, 5ª, 17.12.2009 (19359/04) §§ 92-105 y 122-137.

⁶³ Especialmente, en el Caso *Kafkaris c. Chipre*, STEDH, Gran Sala, 12.2.2008 (21906/04), § 142.

⁶⁴ *BverfG* 128, 326.

haciéndose eco de la sentencia del TEDH de 2009, cambia de opinión con respecto a lo mantenido en el año 2004 y llega a la conclusión de que la regulación de la custodia de seguridad es inconstitucional. El Tribunal Constitucional llega a esa conclusión, sin embargo, no porque la custodia de seguridad sea indeterminada o se aplique de manera retroactiva, sino por entender que, al no regularse como una verdadera medida de seguridad, su aplicación atenta contra el *principio de proporcionalidad* en relación con el *derecho a la libertad*. Para salvar la medida y desmarcarse de alguna manera de la resolución del TEDH, el Tribunal Constitucional pone el acento en la necesidad de cambiar la regulación de la custodia de seguridad y convertirla en una verdadera medida de seguridad, asumiendo que a partir de ahí no deben plantearse problemas acerca de su posible aplicación retroactiva. Explica, en este sentido, que lo importante es que la custodia de seguridad no se configure como una pena, sino como una medida de carácter preventivo basada en el tratamiento del delincuente. El legislador debe respetar, en definitiva, el «*mandato de diferenciación*» (*Abstandsgebot*) entre penas y medidas de seguridad al que el propio Tribunal había hecho ya referencia en alguna sentencia anterior. Entre las exigencias que se derivan de ese mandato, se encuentran principalmente la de conceder a la medida un carácter terapéutico orientado a la recuperación y pronta liberación del sujeto, la de limitar su aplicación a lo estrictamente necesario para los fines perseguidos o la de implementarla de manera individualizada en función de las necesidades de cada sujeto. Una vez establecida esa diferenciación y garantizada así su condición de auténtica medida de seguridad, no habría problema para seguirla aplicando, incluso de manera retroactiva⁶⁵. Así, insistiendo nuevamente en lo peligrosos que pueden ser los sujetos destinatarios de estas medidas y en la necesidad de velar por la seguridad de la sociedad y los derechos de las posible víctimas, el Tribunal Constitucional opta por no anular las medidas impuestas previamente, permitiendo su prolongación e instando a que se valore en cada caso si cumplen el *mandato de diferenciación*. Se reconoce, concretamente, la posibilidad de mantener el cumplimiento de la medida con respecto a aquellos individuos que presenten alguna alteración psíquica (*Psychische Störung*). La idea es que cuanto menos se parezca la custodia a una pena, menos problemas se suscitan a la hora de continuar con su aplicación⁶⁶.

Todo este proceso, como se apuntaba anteriormente, pone de manifiesto la facilidad con la que, a partir de un discurso político-criminal basado en la seguridad y la prevención, se puede incurrir en un fraude de etiquetas y utilizar la medida de seguridad como una forma de

⁶⁵ Incurrir aquí el TC alemán en una contradicción, porque si previamente ha reconocido que la custodia de seguridad estaba siendo aplicada realmente como una pena, no puede insistir luego en que se trata de una medida de seguridad no sometida al principio de irretroactividad. Cfr., en este sentido, DRENKHAN/MORGENSTERN, *ZStW* 124 (2012), pp.197-199, quienes sostienen que el Tribunal intenta evitar la contradicción apelando simplemente a lo que debería ser la custodia de seguridad o a lo que quiere que sea después de cumplirse con el «mandato de diferenciación», confundiendo así entre el «ser» y el «deber ser».

⁶⁶ HÖRNLE, *NSZ*, 2011, pp. 490-493, llamando en todo caso la atención sobre lo impreciso e insuficiente que resulta a estos efectos el concepto de «alteración psíquica», que no aclara nada sobre la peligrosidad del individuo y la necesidad o no de imponer una custodia de seguridad. Críticos también con este concepto HÖFFLER/KASPAR, *ZStW* 122 (2012), p. 103.

imponer una pena al margen de los principios limitadores del *ius puniendi* propios del estado de derecho⁶⁷. Como se ha visto, la presión que ejerce este discurso político-criminal, que se encuentra detrás de casi todas las reformas legislativas producidas en esta materia, ha conducido en los últimos tiempos a un uso excesivo de las medidas de carácter preventivo y, en general, a un incremento o intensificación de la intervención penal. La falta de una reflexión sobre la diferente fundamentación que pueden tener los distintos tipos de sanciones, así como sobre las distintas limitaciones que se derivan de su particular fundamentación, permite que se acaben imponiendo sanciones penales de carácter híbrido que no respetan finalmente ninguna de esas limitaciones. Se llega así, por ejemplo, a que la custodia de seguridad se presente al mismo tiempo como una *medida de seguridad* que puede tener una duración indeterminada en función de la peligrosidad del autor y que puede aplicarse retroactivamente (con posterioridad a la sentencia condenatoria), y como una *pena* que puede tener carácter aflictivo y privar por completo de libertad al condenado, sin necesidad de establecer ninguna diferencia en el tratamiento con respecto a otros sujetos que han sido privados de libertad.

Ante esta situación, es obligado insistir en la diferente naturaleza que presentan la pena y la medida de seguridad, para seguidamente poder valorar en qué casos y bajo qué presupuestos pueden combinarse⁶⁸. Es importante, en este sentido, la labor que realiza el TEDH al recordar la necesidad de analizar, en cada caso, la naturaleza de la sanción penal, con independencia de que se impongan en un sistema monista o en un sistema dualista y con independencia de la denominación que reciban en los diferentes ordenamientos. Si se impone una medida de seguridad o una sanción basada en la prevención especial, hay que garantizar que la sanción va orientada a la recuperación de la libertad tan pronto como sea posible, llevando a cabo un control periódico para comprobar que sigue siendo necesaria⁶⁹. Es importante también, por la misma razón, el esfuerzo que, aunque tardíamente, ha realizado el Tribunal Constitucional alemán por establecer un criterio general con el que diferenciar entre penas y medidas de seguridad, sometiendo estas últimas a las exigencias propias de su particular naturaleza preventiva. Es cierto, como han recordado recientemente algunos autores al criticar la viabilidad del «mandato de diferenciación», que no siempre es fácil diferenciar entre penas y medidas de seguridad –entre otras razones, porque las cualidades que se consideran propias de las medidas, como la subsidiariedad o la finalidad de resocialización, deberían ser reconocidas también en la pena-⁷⁰, pero también es cierto que, hasta el momento, la experiencia demuestra que una combinación indiferenciada de penas

⁶⁷ Cfr. a este respecto, haciendo referencia a los principios constitucionales que podría vulnerar la custodia de seguridad alemana, CANO PAÑOS, *CPC*, 2007, pp. 240 y ss.

⁶⁸ Se expresa en términos parecidos JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho penal español*, p. 175, cuando afirma, siguiendo a Rodríguez Mourullo, que el dualismo «en tanto se preocupa de distinguir los presupuestos de la pena y la medida de seguridad, señalando los límites intrínsecos de estos recursos, sirve a la garantía de los derechos del individuo».

⁶⁹ Cfr., resumiendo la jurisprudencia del TEDH, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 290-293.

⁷⁰ Cfr. HÖFFLER/KASPAR, *ZStW* 124 (2012), pp. 108 y ss., llamando la atención sobre el riesgo que entraña, a su juicio, marcar tan claramente la diferenciación entre la pena entendida como castigo y la medida de seguridad entendida como tratamiento, porque ello podría suponer que la pena fuera relegando su carácter

y medidas (o de aspectos retributivos y preventivo-especiales) ha llevado a sanciones más graves, orientadas principalmente a la neutralización o *inocuidación* de los sujetos condenados⁷¹. Para controlar esa tendencia es preferible reflexionar sobre la naturaleza y finalidad de la sanción, sin olvidar que cuando se imponen sanciones de carácter preventivo basadas únicamente en la peligrosidad (penas ampliadas, custodia de seguridad complementaria a la pena, castración química, libertad vigilada, etc.) se está sancionando a una persona no por lo que ha hecho, sino por lo que puede llegar a hacer.

IV. LOS DELINCUENTES IMPUTABLES PELIGROSOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

En España, la preocupación por los delincuentes imputables peligrosos –sobre todo por los terroristas y, más recientemente, por los delincuentes sexuales– también ha dado lugar, en los últimos años, a diversas reformas legales. Estas reformas han estado condicionadas muy claramente por el sistema de sanciones que implantó el Código Penal de 1995 y que ha estado vigente hasta la pasada reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio. Dicho sistema, al que se ha denominado «tendencialmente monista», se caracteriza, como se apuntaba más arriba, por reconocer la existencia de dos consecuencias jurídicas del delito –penas y medidas de seguridad– que se aplican de manera alternativa, reservando una para los *imputables* –la pena– y otra para los *inimputables* –la medida de seguridad–. Se opta, en función del caso, por una u otra sanción, excluyendo por regla general la combinación de penas y medidas. Sólo en el caso de los semiimputables se prevé la posibilidad de imponer conjuntamente penas y medidas de seguridad privativas de libertad, adoptándose a tal efecto un modelo «vicarial» o «de sustitución» según el cual no se acumulan la pena y la medida, sino que se cumple primero la medida y se descuenta ese tiempo del cómputo de la pena restante, que podrá ser suspendida cuando su ejecución ponga en peligro los efectos conseguidos con la medida (arts. 99 y 194 CP).

Así pues, hasta el año 2010, al delincuente *imputable peligroso* no se le podía imponer además de la pena una medida de seguridad. Lo que sí se le podía imponer, a partir del año 2003, gracias a la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, era una *pena accesoria* (art. 57 CP)⁷². Se trata de una pena adicional que se puede aplicar

resocializador. En general, sostienen estos autores, todo lo que se dice sobre el contenido de la medida de seguridad debería poder extenderse a la pena.

⁷¹ Cfr., en este sentido, KUNZ, en BARTON (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, pp. 82-85, para quien tanto en el caso de las penas ampliadas como en el caso de la custodia de seguridad, lo que se hace es acumular elementos propios de la pena y de la medida de seguridad para superar los límites del principio de culpabilidad, dando lugar no tanto a un fraude de etiquetas como a un concepto «híbrido» que acaba en todo caso teniendo efectos inocuidadores y que es propio del *Derecho penal del enemigo*.

⁷² Reparar en la particularidad de esta pena, otorgándole también un sentido inocuidador, SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, en VV.AA., *La seguridad en la sociedad del riesgo*, p. 125.

en un buen número de delitos, en función de la gravedad del hecho o de la *peligrosidad del delincuente*, y que puede traducirse en diferentes medidas de carácter eminentemente preventivo como son la prohibición de residir en determinados lugares o la prohibición de aproximarse o comunicarse con determinadas personas. Se permite así, por ejemplo, que en el momento de imponer una pena privativa de libertad, se establezca un período añadido de entre 5 y 10 años para la aplicación de una pena accesoria. Constituye, como puede apreciarse, un tipo de pena de sumo interés en esta materia por cuanto presenta una naturaleza ambivalente: se define como pena, pero se fundamenta —o puede fundamentarse— en la peligrosidad, y se concreta en medidas que aparecen recogidas tanto entre las *penas privativas de derechos* (art. 48 CP, al que se remite expresamente el art. 57 CP), como entre las *medidas de seguridad no privativas de libertad* (art. 96.3 CP, reformado posteriormente por la LO 5/2010, de 22 de junio). Representa, en cierto modo, un antecedente de la medida de *libertad vigilada* que se introduciría en la reforma de 2010 como medida de seguridad complementaria a la pena y a la que enseguida se hará referencia.

Al margen de esta pena accesoria, la respuesta penal a la peligrosidad criminal se produjo, hasta el año 2010, básicamente de dos formas: por un lado, agravando la pena en los casos de *reincidencia* (art. 22.8ª CP) y *multirreincidencia* (art. 66.1.5ª CP); y, por otro lado, limitando la aplicación de los *beneficios relacionados con la imposición y ejecución de las penas* en los casos de reiteración delictiva; bien con carácter más general, cuando el sujeto acumula una determinada serie de penas por la comisión de varios delitos (art. 78 CP), o bien con respecto a beneficios o alternativas concretas que hacen depender su aplicación de que el sujeto no haya delinquido anteriormente (en el caso de la suspensión condicional: art. 81.1ª CP) o no sea delincuente habitual (en el caso de la sustitución de penas privativas libertad: art. 88.1 CP). Aunque son medidas penales en las que no se reacciona propiamente contra la peligrosidad criminal, sino más genéricamente contra la tendencia a la reiteración de hechos delictivos —desde una óptica que no termina de ser claramente prospectiva—, son éstas las medidas en las que, en un primer momento, centró la atención el legislador español. Así, a pesar de las críticas que tales medidas venían recibiendo por parte de la doctrina, se decidió ampliar su alcance mediante las reformas introducidas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, y la ya mencionada LO 15/2003, de 25 de noviembre. La agravante de reincidencia, cuya fundamentación ha venido siendo tradicionalmente cuestionada por la doctrina⁷³, y para la que se ha propuesto a menudo su supresión o su aplicación meramente potestativa, era complementada en el art. 66.5.1ª CP con una agravación por multirreincidencia que permite llegar a superar en grado la pena inicialmente prevista en el delito⁷⁴.

⁷³ Cfr., por ejemplo, la exposición realizada por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, pp. 332 y ss. Cfr., también, GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, p. 59, destacando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido vacilante con respecto a su tratamiento y que el propio Tribunal Constitucional la ha definido como una de las instituciones más controvertidas.

⁷⁴ Se muestran críticos con esta opción, SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, en VVAA, *La seguridad en la sociedad del riesgo*, p. 119; Cfr., también, SANZ MORÁN, *LH-Serrano Gómez*, p. 1089, recordando que el propio legislador, en la reforma del CP realizada por la LO

Por su parte, la limitación de beneficios penales, que también se ha criticado por el efecto *desocializador* que produce de manera automática e indiscriminada, alcanzaba la máxima expresión con la nueva regla del art. 78.2 CP, que limita de manera preceptiva la posibilidad de otorgar beneficios penitenciarios, permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional a quienes son condenados con penas muy elevadas por la comisión de varios delitos graves⁷⁵. Tales reformas se producen en un contexto político marcado por la lucha contra el terrorismo de ETA y por el reiterado discurso del Gobierno sobre la necesidad de garantizar el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas⁷⁶. Estas reformas se suman a otras reformas pensadas principalmente para los delincuentes terroristas y que conducen a un incremento y un endurecimiento generalizado de las penas⁷⁷. No son, sin embargo, reformas de carácter preventivo que pretendan hacer frente realmente a la peligrosidad criminal de un determinado tipo de delincuentes –en una línea semejante a la de otros países de nuestro entorno–, sino reformas más bien de carácter vindicativo orientadas principalmente a dar un mensaje de contundencia en la lucha contra el terrorismo⁷⁸.

En cualquier caso, un amplio sector de la doctrina se mostró crítico con este tipo de medidas por considerar que no eran apropiadas para el tratamiento de los delincuentes peligrosos⁷⁹. Se hizo ver que, por una parte, la reincidencia o la habitualidad no debían identificarse automáticamente con la peligrosidad criminal, y que, por otra parte, la exasperación de la pena o la limitación de los beneficios penales y penitenciarios no eran los medios más idóneos para hacer frente a esa peligrosidad criminal⁸⁰. Se propone, en este sentido, realizar juicios de pronóstico más individualizados sobre la peligrosidad del delincuente y, a partir de ahí, cuando resulte necesario, aplicar una medida de seguridad. Se plantea así, en definitiva, la necesidad de modificar el sistema de sanciones para poder aplicar medidas de

8/1983, de 25 de junio, en la que se suprimía esta circunstancia agravante, reconocía que se podía estar atentando contra el principio de legalidad y de *non bis in idem*. Cfr., igualmente, en sentido crítico, ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p. 173.

⁷⁵ Cfr., principalmente, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, pp. 199-208.

⁷⁶ Que se manifiesta en el propio título de la LO 7/2003, de 30 de junio, mediante la cual se elevan los límites de cumplimiento efectivo de las penas, llegando en algunos casos a los 40 años de prisión. Es también en este contexto político-criminal en el que el Tribunal Supremo dicta la sentencia de 28 de febrero de 2006, en la que se recoge la tan criticada «doctrina Parot».

⁷⁷ Cfr., con carácter general, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva*, p. 23

⁷⁸ Cfr., en este sentido, LLOBET ANGLÍ, *InDret*, 1/2007, pp. 24-28.

⁷⁹ Cfr., por ejemplo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, pp. 195-196; SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, en VV.AA., *La seguridad en la sociedad del riesgo*, p. 118; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, p. 217; IDEM, *LH-Serrano Gómez*, p. 1093; ALONSO ÁLAMO, *LH-Ruiz Antón*, pp. 68-73; SÁNCHEZ LÁZARO, *RP*, 17, 2006, p. 146; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *RDP* 22, 2007, pp. 82-83; GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, p. 71; GRACIA MARTÍN, *LH-Gimbernat Ordeig*, p. 985; MONGE FERNÁNDEZ, *La circunstancia agravante de reincidencia*, pp. 134-140; JORGE BARREIRO, *LH-Mir Puig*, pp. 612-613; ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 172-173.

⁸⁰ Incluso se cuestiona en ocasiones que la pena resulte idónea para sujetos imputables peligrosos en la medida en que éstos puedan ser incorregibles, además de poco sensibles al efecto intimidatorio de la pena. Cfr. ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p. 136.

seguridad también a los sujetos imputables⁸¹. Es ésta una reivindicación que, con carácter general, venían haciendo algunos autores, criticando la opción tomada por el legislador de 1995⁸² y recordando que esta posibilidad de aplicar a los sujetos imputables tanto penas como medidas de seguridad, propia de los sistemas dualistas, no sólo es la que se sigue en otros países de nuestro entorno jurídico, sino que además estaba presente en buena parte de los textos preparatorios del Código Penal que se elaboraron tras la aprobación de la Constitución de 1978⁸³. En el marco de este sistema dualista para imputables peligros, algunos defienden un modelo flexible o de sustitución⁸⁴ y otros un modelo rígido en el que la pena es complementada con una medida de seguridad, incluso privativa de libertad⁸⁵.

En la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador optó por el *sistema dualista rígido* de acumulación de penas y medidas, partiendo precisamente de este tipo de planteamientos sobre la inidoneidad de la pena para hacer frente a los delincuentes imputables peligros⁸⁶. En el apartado IV del Preámbulo de esta Ley Orgánica de 2010 se reconoce que en ciertos casos de especial gravedad la pena «no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia», por lo que se hace necesario «contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario,

⁸¹ A comienzos de este siglo afirmaba SILVA SÁNCHEZ (*LH-Barbero Santos*, pp. 708-709) que «existen indicios significativos de que en la sociedad no se comparte la tesis de que la culpabilidad por el hecho ha de definir la frontera absoluta de distribución de riesgos entre individuo y sociedad» y que más bien «se admite la idea de que la constatación de una seria peligrosidad subsistente tras el cumplimiento de la condena debería dar lugar a alguna forma de aseguramiento cognitivo adicional».

⁸² Cfr., principalmente, CEREZO MIR, *LH-Casabó Ruiz*, pp. 390 y ss., para quien «la falta de previsión de medidas de seguridad postdelictuales para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave» constituye «uno de los de mayores defectos del nuevo Código penal, desde el punto de vista político-criminal». Ya antes, este mismo autor (*LH-Del Rosal*, p. 249) se había manifestado también en un sentido parecido con respecto al Borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990.

⁸³ Cfr., en este sentido, por ejemplo, JORGE BARREIRO, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 585; ALONSO ÁLAMO, *LH-Ruiz Antón*, p. 70; SANZ MORÁN, *LH-Serrano Gómez*, p. 1090; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDPCr*, 3ª época, 2009, pp. 201-202.

⁸⁴ JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 165 y ss.; IDEM, *LH-Mir Puig*, p. 657; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, p. 218.

⁸⁵ CEREZO MIR, *LH-Del Rosal*, pp. 250-255. Distingue este autor entre la medida de internamiento en un centro de terapia social, que debería aplicarse antes de la pena, conforme al modelo vicarial, y la medida de internamiento en un centro de custodia, que está orientada al aseguramiento y que debería aplicarse después de la pena. Cfr., también, admitiendo la posibilidad de complementar la pena con una medida de seguridad privativa de libertad, ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 182 y ss.

⁸⁶ Decía SILVA SÁNCHEZ (*LH-Barbero Santos*, p. 709), con respecto al necesario debate sobre la conveniencia de complementar las penas con medidas de seguridad, que era deseable una discusión «no presidida por criterios de oportunidad, producida, como en el caso alemán o norteamericano, bajo el impacto emocional de un caso (o una serie de casos) de consecuencias dramáticas», pero lo cierto es que esta nueva medida de libertad vigilada difícilmente puede desvincularse del «caso Mariluz» –sucedido en el año 2008– y del compromiso adoptado en su momento por el Presidente del Gobierno con los padres de la víctima para aplicar una política de mano dura con los pederastas. Cfr., por ejemplo, las noticias aparecidas en los periódicos *Público*, 26-5-2008, y *El País*, 10-9-2008.

permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad». Se introduce así en el art. 106 CP una nueva medida de seguridad de *libertad vigilada* que el Juez puede imponer en la sentencia condenatoria, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad, en los casos en los que prevea el propio Código Penal; esto es, en los delitos contra la libertad sexual (art. 192.1 CP) y en los delitos de terrorismo (art. 579.3 CP). La medida se impondrá en la sentencia condenatoria de manera preceptiva cuando se hayan cometido varios de estos delitos o de manera potestativa, en función de la peligrosidad del autor, cuando se trate de un solo delito cometido por un autor primario. Al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en atención a los informes emitidos por los facultativos y profesionales, solicitará al Juez o Tribunal sentenciador la propuesta correspondiente. Esta medida de libertad vigilada, que en función de la gravedad de los delitos, dura hasta 5 ó 10 años, puede consistir en la imposición, a su vez, de diferentes tipos de medidas, entre las que se incluyen, por ejemplo, algunas prohibiciones como la de acudir a determinados sitios o aproximarse a ciertas personas o algunas obligaciones como la de asistir periódicamente a determinados lugares, realizar ciertas actividades o participar en programas formativos (arts. 106 y 98 CP).

Llama la atención la semejanza que guarda esta medida de libertad vigilada con la pena accesoria del art. 57 CP, a la que anteriormente se ha hecho referencia⁸⁷. En ambos casos se trata de prohibiciones u obligaciones de carácter eminentemente preventivo que se pueden imponer en un plazo de hasta 5 ó 10 años posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Es cierto que la libertad vigilada incluye alguna medida adicional más novedosa, como la relativa a la obligación de seguir determinados programas o tratamientos,

⁸⁷ Y no deja tampoco de ser llamativo que en un primer momento, tanto en el Proyecto de Reforma del CP de 2007 como el Anteproyecto de Reforma del CP de 2008, esta *libertad vigilada* se regulara como una pena, poniéndose así de manifiesto no sólo la ambigüedad que puede presentar la naturaleza de esta sanción, sino también el difícil encaje que parecía tener dentro del sistema de sanciones la aplicación de una medida de seguridad a los sujetos imputables. Esa ambigüedad se aprecia claramente cuando en el Proyecto de 2007 la libertad vigilada se prevé al mismo tiempo como pena privativa de derechos (art. 39 j) y como medida de seguridad complementaria de la pena privativa de libertad para los delinquentes reincidentes y habituales (art. 94.3.4º). En el Informe sobre el Anteproyecto de Reforma de 2006, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) decía que esta naturaleza híbrida que se le daba a la libertad vigilada era de difícil integración en un sistema penal como el vigente hasta ese momento en el que el tratamiento de la peligrosidad criminal se limita a los casos de inimputabilidad o semiimputabilidad, criticando que se pretendiera su aplicación de manera acumulativa. Para no incurrir en un «fraude de etiquetas», decía el CGPJ, debería reconocerse que se trata de una verdadera medida de seguridad fundamentada en la peligrosidad y complementaria de la pena, lo que lleva consigo un nuevo modelo de sanciones en lo que respecta al tratamiento de la peligrosidad y hubiera requerido por ello una explicación más extensa de la que ofreció inicialmente el Anteproyecto. Cfr., también, a este respecto, GARCÍA RIVAS, *RGDP*, 2011, p. 7. Con carácter general, sobre la evolución legislativa de la medida de «libertad vigilada», Cfr. ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva*, pp. 140 y ss.

pero por lo demás las medidas de las que disponen una y otra figura no difieren demasiado. Por otra parte, ambas se imponen en atención a la peligrosidad del autor del delito, con la particularidad de que la pena accesoria se impone directamente en la sentencia, sin necesidad de recabar informes específicos, y la libertad vigilada se concreta al finalizar la pena privativa de libertad a propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, a partir de la valoración de los informes de los facultativos y profesionales que asistan al sujeto afectado y a las Administraciones Públicas competentes. Al margen de eso, la pena accesoria se prevé para casi todos los delitos de cierta gravedad y la libertad vigilada se limita a dos clases de delincuentes, los terroristas y los delincuentes sexuales, sin mayor justificación aparente que su mayor repercusión social⁸⁸.

La «novedad sustancial» que presenta la medida de libertad vigilada, como reconoce el propio legislador en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, se encuentra fundamentalmente en la posibilidad de imponer una medida de seguridad no sólo cuando la peligrosidad del sujeto se vincula a un estado patológico que determina la inimputabilidad o semiimputabilidad del autor, sino también cuando la peligrosidad se deriva de la naturaleza del hecho realizado por un sujeto plenamente imputable. Esta decidida opción del legislador español por un modelo dualista que permite la acumulación de penas y medida de seguridad supone un punto de inflexión en la evolución del tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos. Ciertamente es que la libertad vigilada constituye sólo una medida privativa de derechos, mucho menos afflictiva que otras medidas como la custodia de seguridad, pero está claro que de este modo se abre una espina por la que pueden justificarse nuevas reformas destinadas a introducir medidas de mayor potencial preventivo o asegurador.

De hecho, en el APRCP 2012, el Gobierno acoge de manera entusiasta ese nuevo modelo que se había introducido apenas dos años antes, proponiendo no sólo una ampliación del ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada –así como de las obligaciones y prohibiciones que la integran–, sino también una nueva medida de *custodia de seguridad* –privativa de libertad–, en la línea seguida por otros muchos países europeos. Para fundamentarlo se insiste en la idea de que en los supuestos en los que la «pena ajustada a la culpabilidad por el hecho no es suficiente para compensar la peligrosidad del autor, no resulta razonable hacer recaer todos los costes de esa peligrosidad sobre la sociedad; al contrario, parte de esos costes deben ser trasladados al propio penado, al que se impone en consecuencia una medida de seguridad». Se aclara, en este sentido, que dado que ampliar la pena podría en estos casos ser contrario al principio de culpabilidad, es preferible aplicar una medida de seguridad⁸⁹.

⁸⁸ Cfr., en este sentido, criticando la falta de coherencia que supone haber limitado la aplicación de las medidas a los responsables de estos dos tipos de delitos y no, en general, a los delincuentes peligrosos, FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, pp. 228-235; CARUSO FONTÁN, *RP* 31, 2013, p. 8; ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 198-199.

⁸⁹ Se ha mostrado recientemente favorable a esta medida, siempre que se imponga por un período de tiempo determinado, ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 185-190,

Un año más tarde, en el PRCP 2013, el Gobierno vuelve a destacar la necesidad de ir más allá de la «tímida revisión» que había supuesto la reforma de 2010 y consolidar el nuevo modelo dualista, «pues resulta evidente que las medidas de seguridad no tienen como fundamento la no responsabilidad del autor de un delito, sino su peligrosidad, y que existen delincuentes responsables que deben recibir una pena y que además son peligrosos, lo que justifica o puede justificar una posterior medida de seguridad». La reforma propuesta pretende, en última instancia, culminar «esa evolución hacia la definitiva consagración de un sistema dualista, tomando como punto de partida la distinción y separación entre penas y medidas de seguridad». En este Proyecto, no obstante, si bien se mantiene la propuesta de ampliar el alcance de la medida de libertad vigilada, se echa marcha atrás con respecto a la nueva medida de «custodia de seguridad». En todo caso, el modelo por el que se apuesta queda claro y el camino para una eventual incorporación futura de esta medida queda abierto. Hay que tener en cuenta, al fin y al cabo, que es una medida que no sólo encaja históricamente con este nuevo modelo dualista rígido, sino que además está muy presente en gran parte de los países de nuestro entorno jurídico y que ha llegado a ser propuesta recientemente, como se apuntaba más arriba, por el Consejo de Europa, en su Recomendación CM/Rec(2014)3, como una medida adecuada para los delincuentes imputables peligrosos, bajo el nombre de «*secure preventive detention*».

La evolución seguida por el Derecho penal español en relación con el tratamiento de los delincuentes imputables peligrosos permite, en conclusión, identificar dos etapas diferenciadas: una *primera etapa*, propia de los sistemas monistas, en la que se ha aumentado progresivamente la pena de los delincuentes reincidentes o habituales y en la que se ha aprovechado la campaña de mano dura contra el terrorismo para dar lugar a un incremento generalizado de las penas, y una *segunda etapa*, propia de los sistemas dualistas, en la que se ha optado por complementar la pena de prisión con una medida de seguridad –de momento no privativa de libertad–, sin renunciar en ningún caso al incremento progresivo de las penas, como se pone de manifiesto en el Proyecto de Reforma del CP con la introducción de la pena de «prisión permanente revisable». Se comprueba así que, en contra de lo que en ocasiones se afirma, en el sentido de que la aplicación de medidas de seguridad preventivas sirve de freno al incremento exacerbado de las penas, la tendencia es más bien a terminar combinando ambas cosas⁹⁰.

El resultado en el caso español es un sistema con penas exageradamente elevadas para las que apenas están previstos beneficios penales y penitenciarios y que pueden ser complementadas en algunos casos con una medida de libertad vigilada de hasta 5 ó 10 años de duración. No sólo se continua por la senda punitivista sino que, además, y esto es proba-

criticando no obstante que el APRCP 2012 no exigiera para estos casos una condena previa e impusiera además de forma automática la aplicación posterior de una medida de libertad vigilada.

⁹⁰ Cfr., en este mismo sentido, MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 65-66. Cfr., también, con carácter general, destacando la tendencia a acumular penas de prisión muy prolongadas y medidas seguridad, SANZ MORÁN, *LH-Serrano Gómez*, pp. 1095-1096, quien reconoce efectivamente que «no es infrecuente que un mismo sistema legal coexistan la prisión perpetua y la custodia de seguridad».

blemente lo más preocupante, se abre la posibilidad de aplicar de manera acumulativa penas y medidas de seguridad, sancionando al delincuente por el delito cometido, pero también por el peligro que puede llegar a representar para la sociedad.

V. EL DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD

Estas reformas legislativas que se han producido en España en los últimos años son parecidas, como se ha visto, a las que se han venido llevando a cabo en otros muchos países de nuestro entorno jurídico desde los años noventa del pasado siglo XX. Son reformas que pretenden hacer frente a los delincuentes reincidentes o especialmente peligrosos y que consisten, por lo general, en incrementar las penas privativas de libertad o complementarlas con medidas de seguridad orientadas no tanto al tratamiento o corrección de los delincuentes, como a su neutralización o inocuización.

Tales reformas, sin embargo, no obedecen a un aumento de la criminalidad o de las tasas de reincidencia⁹¹. No son una respuesta a una mayor peligrosidad criminal que haya empezado a manifestarse internacionalmente a partir de los años noventa del pasado siglo. Son expresión, más bien, de una nueva ideología que aparece en aquellos años en EEUU y que se extiende posteriormente por otros muchos países⁹². Se trata, sobre todo, de una «nueva penología» (*New Penology*) que desconfía o prescinde de la idea de resocialización y que concibe la pena como un instrumento de control destinado fundamentalmente a impedir la comisión de nuevos delitos⁹³. Guarda relación con el discurso conservador de «ley y orden» que reivindica una política de mano dura con los delincuentes, pero subraya además la necesidad de adoptar un actitud defensiva o preventiva frente al delito. Poco a poco se va generalizando la idea de que lo importante no es tanto formular un reproche al autor del delito, como proteger a la sociedad de futuros delitos. El discurso político-criminal centra la atención en el futuro, en el control del peligro. Se va produciendo así un cambio de paradigma, pasando de un Derecho penal fundamentado en la culpabilidad a un Derecho penal fundamentado en la peligrosidad; lo que a su vez supone pasar de un Derecho penal liberal a un *Derecho penal de la seguridad*⁹⁴.

⁹¹ Cfr., en este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Barbero Santos*, p. 701; MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, p. 66, con mas referencias. En lo que se refiere, concretamente, a los delincuentes sexuales, Cfr., también, RAMOS VÁZQUEZ, *RDPCr*, 3ª época, n° 8 (2012), pp. 200-202, explicando que en los EEUU, a partir de los años 90, fue aumentando exponencialmente el número de noticias en las que aparecía el término «sexual predator» a pesar del descenso que se iba produciendo del número de delitos sexuales sobre menores. Sobre la situación en España, con carácter general, Cfr. ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 44 y ss.

⁹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *LH-Barbero Santos*, pp. 609 y ss. Cfr., también, explicando influencia de este discurso en la legislación penal alemana, CANO PAÑOS, *CPC*, 2007, pp. 246-247.

⁹³ Cfr., con más detalle, LAMAS LEITE, *InDret*, 2/2013, p. 5.

⁹⁴ Cfr., principalmente, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Barbero Santos*, p. 701; DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, 2005, p. 2; HAKFE, *KJ* 1 (2005), pp. 19-22; ROBLES PLANAS, *InDret*, 4/2007, p. 15; JORGE BARREIRO, *LH-Mir Puig*, 640-648.

Este Derecho penal de la seguridad que se encuentra detrás de la mayor parte de las reformas anteriormente mencionadas pone de manifiesto la clásica relación de tensión entre libertad y seguridad. A la concepción del Derecho penal de carácter liberal, que reconoce al individuo ciertas garantías frente a la intervención penal estatal, se le opone ahora una concepción del Derecho penal de carácter más conservador, que está dispuesta a sacrificar tales garantías cuando resulta necesario para proteger a la comunidad. Los principios que históricamente se han ido configurando para limitar el *ius puniendi* estatal se ven cuestionados o relativizados a medida que se decide priorizar la seguridad. Así, en lo que se refiere concretamente al tratamiento penal de los delincuentes peligrosos, puede comprobarse cómo algunos de los principios básicos del Derecho penal como el de culpabilidad, el de responsabilidad por el hecho o los de proporcionalidad, determinación e irretroactividad de las penas, se han visto amenazados con las reformas legislativas producidas en los últimos años al amparo de este discurso de la seguridad. Como se ha podido ver en la exposición realizada más arriba, hay reformas en las que se introducen nuevas penas de duración excesiva que no guardan proporción con la culpabilidad del condenado, otras en las que se establecen sanciones atendiendo a pronósticos de peligrosidad basados en datos biográficos y no en función del delito cometido, otras en las que se prevén penas de duración directamente indeterminada y otras en las que incluso se admite la posibilidad de imponer medidas privativas de libertad con carácter retroactivo a sujetos previamente juzgados y condenados. En todas estas reformas se advierte, efectivamente, el cambio que con respecto al Derecho penal liberal representa este nuevo Derecho penal de la seguridad⁹⁵.

Se podría pensar que, en realidad, este debate acerca de la forma de concebir el Derecho penal no es del todo nuevo, pues se corresponde en cierto modo con el que se planteaba a finales del siglo XIX entre la concepción retributiva y la concepción preventiva de la pena. Se podría decir, efectivamente, que este Derecho penal de la seguridad no hace sino volver a insistir en la necesidad de otorgar a la sanción penal una finalidad preventiva. Y, de hecho, se ha ido asumiendo la idea de que es precisamente su naturaleza preventiva la que le da sentido racional a la pena⁹⁶. Desde este punto de vista, cabría también llegar a la conclusión de que no es posible prescindir de la prevención, y que, como se apuntaba ya a finales del siglo XIX, existen delincuentes especialmente peligrosos para los que no resulta adecuada una sanción basada sólo en la culpabilidad. Son sujetos frente a los que el Derecho penal debe adoptar alguna medida preventiva, con independencia de que dicha medida haya de someterse a ciertos principios limitadores y mantenerse dentro de unos márgenes de racio-

⁹⁵ Crítica que podría hacerse extensiva a algunas sentencias de los más importantes tribunales nacionales. Cfr., en este sentido, BORJA JIMÉNEZ, *RGDP*, 2012, pp. 40-41; IDEM, *RP* 32 (2013), pp. 93 y ss., criticando duramente la sentencia del Tribunal Supremo español sobre la «doctrina Parot» y la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la aplicación retroactiva de la custodia de seguridad.

⁹⁶ Cfr., a este respecto, HASSEMER, *StV* 6 (2006), pp. 321-323, afirmando que los tiempos de la pena como mera retribución del delito y de la culpabilidad ya han pasado y que el paradigma preventivo que actualmente es dominante responde a la necesidad de que el Derecho penal tenga alguna finalidad y contribuya a resolver los problemas de la sociedad.

nalidad o proporcionalidad⁹⁷. Se trataría, en última instancia, de lograr un equilibrio entre las diferentes concepciones de la sanción penal.

No obstante, aun admitiendo lo difícil que resulta prescindir del carácter preventivo de la pena y aun reconociendo las limitaciones que puede presentar la pena retributiva ante determinados delincuentes especialmente peligrosos, conviene analizar con más detenimiento cuáles son las implicaciones del discurso político-criminal basado en la seguridad antes de valorar en qué medida puede establecerse ese equilibrio entre la retribución y la prevención. A estos efectos, puede resultar oportuno diferenciar dos planos del discurso de la seguridad: uno más patente, relativo a las consecuencias que se derivan de una fundamentación de la pena centrada no en la culpabilidad sino en la peligrosidad, y otro más latente, relativo al planteamiento político que se encuentra detrás de esta proclamada preocupación por la seguridad. Hay que tener en cuenta, como se indicaba más arriba, que este Derecho penal de la seguridad constituye más un nuevo discurso ideológico que una reacción a un incremento de la peligrosidad criminal. Ello puede hacer pensar, efectivamente, que detrás de esta nueva concepción del Derecho penal se encuentra algo más que el mero deseo de reducir las tasas de criminalidad.

Para algunos, esta nueva concepción del Derecho penal que reclama penas y medidas orientadas a la incoincisión de los delincuentes peligrosos puede verse como una consecuencia de la *inseguridad subjetiva* o *inseguridad sentida* propia de las sociedades postindustriales, caracterizadas por el aumento de los riesgos tecnológicos, la complejidad social, la incertidumbre generada por el proceso de globalización, la sobreinformación o el mayor conocimiento de las múltiples desgracias ocurridas a lo largo del planeta. El Derecho penal de la seguridad constituiría, en este sentido, una manifestación más de la expansión que este sector del ordenamiento jurídico viene experimentando desde finales del siglo pasado en las sociedades postindustriales⁹⁸. Sin embargo, hay también quien ha considerado oportuno matizar esta interpretación para dejar claro que esta expansión a la que conduce concretamente el Derecho penal de la seguridad es una modalidad de expansión muy específica, que cuenta con causas e implicaciones diferentes; se trata de una expansión *securitaria* o *intensiva*, que con el tiempo se ha ido imponiendo sobre la general expansión modernizadora o extensiva. No se trata de una simple reivindicación de más Derecho penal, sino de la exigencia de una mayor y especial punición de la criminalidad clásica; el miedo no se manifiesta ante nuevos riesgos, sino ante determinados sujetos peligrosos, para los que se considera necesario un tratamiento excepcional. Ello permite configurar un particular discurso político criminal

⁹⁷ Como propone HASSEMER, *StV* 6 (2006), pp. 329-331, quien considera normal que el Derecho penal se utilice para prevenir riesgos y que incluso se quiera adoptar alguna medida frente a los delincuentes peligrosos que han cumplido su condena. A su juicio, la idea de sacar la seguridad y la prevención del Derecho penal es anacrónica. No se trata de negar el desafío, sino de afrontarlo procurando no renunciar a ciertos límites vinculados a la idea de proporcionalidad.

⁹⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*³, 20-33.

que no sólo reclama más sanciones penales, sino que además conduce a la demonización y la exclusión social de una serie de individuos⁹⁹.

La primera y más evidente consecuencia de este Derecho penal de la seguridad es, como se ha dicho anteriormente, la preferencia otorgada a la *prevención* frente a la retribución. El Derecho penal se pasa a concebir principalmente como un instrumento con el que prevenir la comisión de nuevos delitos, castigando a las personas no tanto por el delito que han cometido como por el delito que pueden llegar a cometer en el futuro, hasta el punto de que la exigencia de la previa comisión de un delito parece verse simplemente como una garantía mínima para poder aplicar la sanción. El fundamento de la sanción penal no es la culpabilidad, sino la peligrosidad, de manera que ha de imponerse en función del peligro que el sujeto representa para la sociedad. Los intereses del delincuente deben quedar atrás ante los intereses de la comunidad. Desde una perspectiva utilitarista, se entiende que la sanción penal se justifica precisamente en tanto que pueda ser útil para evitar futuros delitos y contribuir así a la seguridad. Frente a la pena, más vinculada al castigo o retribución del culpable, se opta por las medidas de seguridad y los sistemas de incapacitación selectiva, que están orientados a la neutralización o inocuización de los sujetos peligrosos. El delincuente deja de verse como un sujeto autorresponsable o como un agente moral, para ser tratado básicamente como una posible fuente de peligro para la sociedad¹⁰⁰.

Ello conduce a una progresiva *administrativización* del Derecho penal, pues el tratamiento del delincuente peligroso se va equiparando a la mera gestión de un riesgo (*Managerial Criminology*)¹⁰¹. No se dialoga con el delincuente en términos normativos o valorativos, ni se intenta justificar moralmente su castigo expresando el desvalor del hecho realizado o apelando a la idea del merecimiento, sino que se gestiona su peligrosidad a partir de cálculos y predicciones de carácter empírico. El estudio o análisis del delincuente empieza a ser de carácter eminentemente estadístico y actuarial, semejante al que se lleva a cabo en materia de seguros con respecto a cualquier otro tipo de riesgo. Cobran especial importancia los pronósticos de peligrosidad y los perfiles de criminalidad (*profiling*), que procuran ser cada vez más precisos. Se da entrada con ello, en definitiva, a un discurso neoliberal y tecnocrático, donde priman los razonamientos económicos acerca del nivel de riesgo que la sociedad puede tolerar¹⁰².

A su vez, este Derecho penal de la seguridad basado en la gestión del riesgo supone una cierta *despersonalización* y *desjuridificación* del delincuente, que es tratado básicamente como una fuente de peligro¹⁰³. La conducta delictiva se desvincula de cualquier considera-

⁹⁹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, 2005, pp.10-14.

¹⁰⁰ Cfr., en sentido crítico, denunciando los riesgos de dejar de ver a la persona como un sujeto responsable capaz de autogobernarse, VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, p. 81.

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*³, pp. 157 y ss.; ALBRECHT; en KOCH (ed.), *Wegsperrten?*, p. 440.

¹⁰² LAMAS LEITE, *InDret*, 2/2013, pp. 8-12; BORJA JIMÉNEZ, *RGDP*, 2012, pp. 48-51.

¹⁰³ BORJA JIMÉNEZ, *RGDP*, 2012, p. 29.

ción más personal, presentando al delincuente como único responsable de su actuación y haciendo abstracción de su condición social (familia, educación, trabajo, recursos económicos, etc.). Frente al delincuente, la sociedad no tiene ninguna responsabilidad y no tiene por qué preocuparse de su tratamiento o resocialización más allá de lo que resulte necesario para prevenir la comisión de futuros delitos¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, se va degradando paulatinamente la persona del delincuente y se van amenazando los principios que a lo largo de los años se han ido configurando para su protección frente a la intervención penal estatal¹⁰⁵. En el cálculo de utilidad de la sanción penal se presta menor atención a los principios limitadores del *ius puniendi* relacionados con la dignidad de la persona¹⁰⁶. La naturaleza y duración de la sanción se hace depender de su eficacia aseguradora o inocuizadora, relegando poco a poco el cumplimiento de tales principios limitadores, que pueden llegar a ser vistos como un obstáculo para la protección de la sociedad¹⁰⁷. Ello tanto con respecto a los principios relativos a la imposición de la sanción (como los principios de determinación, irretroactividad, resocialización o humanidad de las penas), como con respecto a los principios relativos a los presupuestos de la responsabilidad penal (como el principio del hecho o el principio de culpabilidad)¹⁰⁸.

Por otra parte, cuanto más importancia se va otorgando a la seguridad, más difícil se hace limitar la respuesta penal. Al centrar el foco de atención en la prevención, la sanción penal se hace depender sólo de un juicio de peligro sobre eventuales resultados lesivos para la sociedad. Esta peligrosidad apenas puede servir de referencia para determinar el alcance de la respuesta penal, pues no sólo resulta difícil de calibrar, sino que además nunca llega a reducirse suficientemente; siempre persiste un grado de peligrosidad que puede servir para proponer una nueva ampliación o alteración de la sanción inicialmente prevista o incluso para justificar alguna excepción con respecto a normas o principios ya vigentes¹⁰⁹. El grado de seguridad alcanzado con una concreta medida puede considerarse insuficiente en cualquier momento. En este sentido, determinar el tipo de sanción que merecen ciertos delitos o ciertos delincuentes acaba siendo una cuestión ampliamente discrecional, proclive a ser utilizada de manera recurrente por razones de oportunidad política¹¹⁰.

La preocupación por la seguridad se manifiesta también en la identificación de determinados sujetos peligrosos, frente a los cuales se considera necesario adoptar algún tipo

¹⁰⁴ ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperrten?*, pp. 444-446; DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, 2005, p. 19.

¹⁰⁵ BORJA JIMÉNEZ, *RGDP*, 2012, p. 33.

¹⁰⁶ ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 104-105.

¹⁰⁷ VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, pp. 141-142.

¹⁰⁸ Y lo mismo podría decirse de las garantías procesales del acusado, pues atendiendo solo a un análisis de coste-beneficio los derechos de los acusados podrían ser siempre derrotados por el interés en la prevención del delito. Cfr., en este sentido, VON HIRSCH, en CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOÁN (coord.), *La delincuencia violenta*, pp. 194-195.

¹⁰⁹ Sobre la relación entre el discurso de la seguridad y la tendencia a utilizar medidas de excepción, Cfr. BÖHM, *RP* 32 (2013), pp. 75-77.

¹¹⁰ Cfr., en sentido parecido, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 328.

de medidas especiales. Se reconoce, efectivamente, que hay algunos sujetos peligrosos que no pueden ser tratados penalmente como los demás ciudadanos, sino que merecen un tratamiento diferenciado. Se hace así referencia, por ejemplo, a sujetos peligrosos que no son motivables ni intimidables por la norma penal o que, simplemente, no son resocializables. Tales sujetos, que son vistos fundamentalmente como una amenaza para la sociedad, requieren sanciones o medidas más centradas en la neutralización o inocuización¹¹¹. No son ciudadanos con los que se pueda dialogar normativamente, sino *enemigos* a los que hay que combatir fácticamente y para los que, precisamente por ello, puede incluso estar justificado limitar o exceptuar la aplicación de los principios tradicionales del Derecho penal liberal¹¹². Una vez se propone para ellos la adopción puntual de medidas excepcionales, como por ejemplo las medidas o sanciones orientadas exclusivamente a la inocuización, y otras veces se hace referencia a su reiterada falta de fidelidad a la norma para hacer explícita la posibilidad de definirlos categóricamente como *enemigos*, aplicarles medidas inocuizadoras y dejarlos fuera del alcance de los principios generales del Derecho penal¹¹³. El problema en estos casos ya no es solo que se puedan llegar a vulnerar esos principios generales en aras de la mayor seguridad de la comunidad, sino que además ello se hace a partir de la identificación del sujeto como integrante de un determinado colectivo. Al sujeto se le trata no en función de lo hace, sino en función del grupo al que pertenece¹¹⁴. Por otra parte, al justificar el tratamiento diferenciado de un colectivo, no considerándolo merecedor del mismo tratamiento que el resto de ciudadanos, se contribuye a la marginación o exclusión de ese colectivo¹¹⁵. El discurso político criminal de la seguridad se combina de este modo

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ/FELIPI SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, en VV.AA, *La seguridad en la sociedad del riesgo*, pp. 121-129.

¹¹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*³, pp. 185-188, explicando que lo que caracteriza al tratamiento penal de los enemigos es precisamente el recurso a medios de aseguramiento fáctico o cognitivo, como las medidas de seguridad; siendo ello parte de un Derecho penal de tercera velocidad que opera en situaciones excepcionales o de emergencia y que puede resultar especialmente delicado desde el punto de vista de su legitimidad cuando no resulta estrictamente necesario, por lo que conviene estar atentos ante la tendencia a aumentar de manera ilegítima el círculo de enemigos. Renuncia este autor, sin embargo, a proclamar de manera absoluta la ilegitimidad de este tipo de medidas y propone analizar individualmente los problemas político-criminales de cada caso concreto, antes que centrar el debate en la aceptación o el rechazo de un genérico «Derecho penal enemigo» (*op. cit.*, p. 207).

¹¹³ Así, expresamente, JAKOBS, *InDret*, 1/2009, pp. 10-13, quien considera que en tal caso el sujeto no genera una «fiabilidad cognitiva» sobre el cumplimiento de la norma y el Estado la garantiza coactivamente imponiendo al sujeto medidas de seguridad complementarias a la pena. Reconoce que es una heteroadministración propia del «Derecho penal del enemigo» que se aplica a quienes de manera responsable no generan la fiabilidad cognitiva a la que están obligados. Critica a continuación este autor a quienes se oponen a este «Derecho penal del enemigo» pero llegan a la misma conclusión, aceptando tales medidas de seguridad complementarias por estrictos «intereses estatales de protección».

¹¹⁴ ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva*, pp. 205-208.

¹¹⁵ Lo que se ha llegado a ver como parte de un proyecto político de consolidación de las desigualdades sociales, en el que además dejan de tolerarse las conductas desviadas o no convencionales, presentando a los sujetos considerados peligrosos no como sujetos que deben ser integrados socialmente, sino como sujetos que deben quedar excluidos. Cfr. en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, 2005, pp. 128-129.

con el discurso político-criminal de la *exclusión*¹¹⁶. Este discurso de la exclusión no pretende simplemente evitar los delitos que puedan provenir de ciertos sujetos especialmente peligrosos, pues es difícil reconocer en un grupo de personas un mayor grado de peligrosidad o una menor fidelidad al ordenamiento jurídico¹¹⁷. Es más bien un discurso ideológico que sirve para identificar grupos de personas a las que poder atribuir los males de la sociedad (terroristas, inmigrantes, delincuentes sexuales, etc.)¹¹⁸ y contribuir así a la socialización mediante el aislamiento de los diferentes¹¹⁹. Se trata aquí también, por tanto, de un discurso susceptible de ser utilizado políticamente para fines no siempre relacionados con la reducción de la criminalidad.

En ocasiones, se observa que detrás del incremento de las penas y de las medidas inoportunas no parece haber realmente una preocupación por la reducción de la criminalidad, pues tales medidas no suelen ir acompañadas de estudios empíricos sobre los resultados obtenidos¹²⁰. Son actuaciones que tienen, más bien, un carácter simbólico; simplemente pretenden generar la impresión de que se está actuando contra la delincuencia. En lo que se refiere al discurso securitario y al tratamiento punitivo de los delincuentes peligrosos,

¹¹⁶ HAFKE, *KJ* 1 (2005), p. 19.

¹¹⁷ Cfr., en este sentido, KUNZ, en BARTON (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, p. 78, explicando que la identificación de los enemigos o de quienes se apartan del estándar medio de conducta depende de consideraciones ideológicas y políticas que no son generalizables. El ámbito de aplicación del Derecho penal del enemigo, sostiene este autor, no se determina de modo comprobable con base en la experiencia, sino con una fórmula vacía construida mediante la atribución de expectativas, las cuales se corresponden con una representación subjetiva de una conducta enemiga de la sociedad.

¹¹⁸ Cfr., en este sentido, por ejemplo, BARTON, en IDEM (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, p. 12; ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperrten?*, p. 446. Cfr., también, más explícitamente, en relación con los delincuentes sexuales, RAMOS VÁZQUEZ *RDPCr*, 3ª época, nº 8 (2012), pp. 210-213, señalando que el hecho de presentar a estos delincuentes como «depredadores» (como «monstruos») no sólo hace más fácil la aceptación de medidas de excepción contra los mismos, sino que además contribuye al consenso y la cohesión de la sociedad. Se oculta que muchos de los abusos sexuales provienen de las personas cercanas a la víctima, imputando este tipo de conductas a sujetos totalmente desviados que están fuera de la sociedad. En otras palabras, se convierte a los delincuentes sexuales en chivos expiatorios para poder atribuir un problema interno a una fuente externa y no poner en peligro la cohesión social. Cfr., también, desde una perspectiva más general, BÖHM, *RP* 32 (2013), p. 79, quien, apoyándose en las tesis de David Garland, sostiene que esta forma de exclusión le sirve al Estado para ocultar su incapacidad de garantizar una seguridad más integral: «si el Estado procurase la provisión positiva de seguridad en sentido amplio (salud, educación, trabajo, etc.) no se vería inclinado a atacar la amenaza que representan para él (y su soberanía) los excluidos de la sociedad. La actuación expresiva contra ellos mediante el sistema penal resulta sin lugar a dudas más expedita y simbólica que la actuación integral del Estado en procura de la Seguridad»; y MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, p. 66, para quien estas políticas de exclusión contra determinados delincuentes peligrosos son «en buena medida un maquillaje que trata de enmascarar la incapacidad de los gobiernos para proporcionar verdadera seguridad a sus ciudadanos en otros ámbitos».

¹¹⁹ La comunidad ya no se construye sobre la base de tradiciones morales y culturales, sino mediante la creación de espacios libres de riesgo a partir de restricciones de entrada y mecanismos de exclusión. La gestión neoliberal del riesgo conduce a una cultura del control en la que el Derecho penal ocupa precisamente un papel central como instrumento de exclusión (*Governing through Crime*). Así KUNZ, en BARTON (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, pp. 72-75.

¹²⁰ VON HIRSCH, en LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, p. 34.

puede incluso parecer que más que proteger o tranquilizar a la sociedad, lo que se pretende a menudo es generar temor y resentimiento frente a determinados grupos sociales. Se ha llegado a decir, en este sentido, que tras el discurso de la seguridad existe una «*política del resentimiento*» con la que se intenta explotar la frustración de la gente para lograr mayor apoyo político¹²¹.

Asumir el discurso de la seguridad supone, en definitiva, algo más que destacar la función preventiva del Derecho penal y reconocer la necesidad de buscar un equilibrio entre retribución y prevención. De las consideraciones anteriores se desprende que este ambiguo discurso de la seguridad sirve, ante todo, para favorecer la utilización política del Derecho penal, promoviendo reformas más efectistas que efectivas. Desde el punto de vista político-criminal, por tanto, es un discurso rechazable ya no solo porque amenace los principios del Derecho penal liberal que se han ido configurando a lo largo de los años para evitar un uso abusivo del poder punitivo por parte del Estado, sino porque no está claro que más allá de las medidas populistas contribuya realmente a lograr una mayor seguridad¹²². No se ha demostrado que un Derecho penal basado en la peligrosidad que adopte medidas inocuizadoras garantice una menor tasa de criminalidad¹²³. Y, en todo caso, existen dudas acerca de que una concepción de los delinquentes como agentes peligrosos que deben ser amenazados, extrañados o neutralizados redunde más en la seguridad que una concepción de los delinquentes como agentes morales con los que se dialoga en términos normativos. Se ha dicho, en este sentido, que un Derecho penal que deje de centrar la atención en la culpabilidad o en el reproche normativo por el hecho cometido corre el riesgo de devaluarse como instrumento de preservación general de las normas morales y sociales de la comunidad¹²⁴. A todo ello hay que sumar, como se verá a continuación, los problemas que existen

¹²¹ Se identifican determinados colectivos de sujetos indeseables a los que se define como «animales» o como «enemigos» para canalizar el malestar de la ciudadanía y, a partir de ahí, se decide actuar frente a ellos con contundencia, buscando la simpatía de la ciudadanía con un mensaje del tipo: «a vosotros no os gusta esta gente, a nosotros tampoco; mirad qué hacemos con ellos». Cfr. VON HIRSCH, en LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, pp. 34-39.

¹²² Cfr., en este sentido, por ejemplo, ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperrten?*, pp. 472-478, explicando que más que la privación de libertad, lo que se ha demostrado que contribuye a reducir las tasas de reincidencia es la formación continua durante el período de condena, así como la preparación para la incorporación al mundo profesional y para la progresiva recuperación de las relaciones personales. Cfr., también, con respecto a la situación en España, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, pp. 354-355, recogiendo estudios que demuestran una mayor tasa de reincidencia entre quienes son sometidos a regímenes de vida carcelaria más duros, con limitación de las medidas de excarcelación progresiva.

¹²³ Cfr., a este respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, 2005, p. 29.

¹²⁴ FRISCH, *InDret*, 3/2007, p. 40. Cfr., también, llamando la atención sobre la amenaza que este modelo supone para la eficacia del sistema penal, ROBLES PLANAS, *InDret*, 4/2007, p. 16: «El Derecho penal –dice este autor– perdería gran parte de credibilidad como sistema de transmisión normativa de valores y pautas de conducta si abandonara el principio del merecimiento y basara sus decisiones condenatorias en hipótesis de futuro. La posible obtención de una mayor dosis de “seguridad” se llevaría a cabo a costa del valor ético-expresivo de la norma».

en el momento de juzgar la peligrosidad sobre la que se quiere justificar la imposición de penas ampliadas o de medidas de seguridad complementarias a la pena¹²⁵.

VI. LOS PRONÓSTICOS DE PELIGROSIDAD

En el Derecho penal de la seguridad, las sanciones cumplen esencialmente una finalidad preventivo-especial. Cuando se introducen penas privativas de libertad ampliadas o medidas de seguridad complementarias a la pena lo que se pretende es evitar que el sancionado vuelva a delinquir. Son sanciones que se fundamentan, por tanto, en la peligrosidad del sujeto. Esa peligrosidad se determina a partir de un juicio de pronóstico sobre la probabilidad de que el sujeto lleve a cabo una determinada conducta delictiva en el futuro. Así, la decisión de si un sujeto debe continuar en prisión o debe ser sometido a una medida de seguridad se hace depender generalmente de los llamados «pronósticos de peligrosidad».

Estos pronósticos se han intentado perfeccionar con el paso del tiempo, en la convicción de que para diferenciarlos de una mera presunción o de una mera especulación es necesario dotarlos de una base empírica y científica¹²⁶. Los pronósticos meramente *intuitivos*, basados en la experiencia e impresión personal de quien los realiza, han ido dando paso así a pronósticos *científicos*, ya sean *clínicos* o *estadísticos*¹²⁷. En realidad, los pronósticos intuitivos no carecen necesariamente de una base racional, pero sí es cierto que al no ser transparentes y objetivos resultan más difícilmente controlables¹²⁸. Es por eso que se ha mostrado una clara preferencia por los pronósticos científicos. Dentro de estos, los pronósticos clínicos, aun teniendo una base técnica, se asemejan bastante a los pronósticos intuitivos, pues en ellos también se parte de la impresión personal, aunque sea de una persona que aplique unos conocimientos teóricos más objetivables. Se siguen por ello preferentemente los llamados pronósticos clínicos *estructurados*, que se ajustan a un protocolo o a un procedimiento previamente definido¹²⁹. Con todo, se considera que los

¹²⁵ Explica VON HIRSCH que existen dos tipos de argumentos en contra del uso de predicciones para imponer una sanción: el que parte de una concepción del Derecho penal contraria al consecuencialismo y basada en la culpabilidad o el merecimiento y el que se centra en la poca fiabilidad de los pronósticos de peligrosidad, que aun siendo un argumento más atractivo por ser menos ambicioso intelectualmente, puede ser incompatible con el primero, porque no parece negar el uso de las predicciones, sino solo exigir un mayor grado de precisión en las mismas. Así en VON HIRSCH/ASHWORTH (ed.), *Principled Sentencing*², pp. 101-102. En el texto, sin embargo, se partirá de que ambas argumentaciones, si no compatibles, son en todo caso igualmente oportunas y necesarias para criticar las últimas reformas legislativas que pretenden fundamentar la sanción penal solamente en la peligrosidad del sujeto.

¹²⁶ ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 147.

¹²⁷ Sobre los diferentes tipos de pronósticos, Cfr., principalmente, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 97 y ss.; ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperrren?*, p. 455 y ss.; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 157 y ss.; ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 96 y ss.; MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 15 y ss.

¹²⁸ POLLÄHNE, en BARTON (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, p. 241.

¹²⁹ MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 15-18.

pronósticos clínicos sólo son apropiados para los sujetos que presentan patologías muy claras, además de ser más costosos económicamente y suponer una excesiva dependencia del juez frente al perito¹³⁰. En los últimos años, los pronósticos que más atención han merecido son los pronósticos estadísticos, en los que se realiza un cálculo de la peligrosidad a partir de la puntuación otorgada a unos ítems que recogen determinadas características asociadas a la comisión o reiteración de una conducta delictiva¹³¹. La principal ventaja de estos pronósticos radica en su total objetividad y transparencia, que hacen más fácil y segura su valoración¹³². Estos pronósticos, sin embargo, presentan algunos inconvenientes. En primer lugar, no quedan claras las bases sobre las que se procede a la elección de las características que se asocian a la actuación delictiva y que pueden ser, por tanto, indicio de peligrosidad. No parece haber una previa consideración normativa sobre los factores o las características que pueden tenerse en cuenta o sobre el grupo de riesgo que se debe tomar como referencia¹³³. En segundo lugar, la objeción fundamental que reciben los pronósticos estadísticos es que no son suficientemente personalizados o individualizados; son pronósticos muy estáticos realizados a partir de factores objetivos relativos a grupos de sujetos; se deduce la peligrosidad del sujeto de su pertenencia a un determinado grupo de riesgo, sin valorar suficientemente las características propias del sujeto¹³⁴. Lo que estos pronósticos ganan en transparencia y objetividad lo pierden, por tanto, en precisión. Si el pronóstico intuitivo o el pronóstico clínico subjetivo, no estructurado, puede dar lugar a un mero juicio subjetivo basado en la experiencia personal que sobrevalore las particularidades del sujeto, el pronóstico totalmente estadístico puede incurrir en un esquematismo pseudocientífico que infravalore las condiciones especiales o excepcionales del sujeto¹³⁵. Se propone por ello, últimamente, optar por *pronósticos integrados* que tengan una base científica y objetiva, pero que al mismo tiempo puedan captar la complejidad de cada sujeto¹³⁶.

En todo caso, a pesar de los esfuerzos realizados por perfeccionar y combinar los diferentes tipos de pronósticos, lo cierto es no se han producido cambios significativos en los porcentajes de acierto. Aunque parece haberse ganado en complejidad, claridad y trans-

¹³⁰ SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, p. 98.

¹³¹ ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 158; ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 96-97.

¹³² ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 160.

¹³³ SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, p. 99; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 159-160; MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, p. 16.

¹³⁴ SANZ MORAN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, p. 99.

¹³⁵ POLLÄHNE, en BARTON (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, pp. 242-244.

¹³⁶ SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 100-102; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 161; ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 304-305. El Tribunal Supremo alemán ha manifestado a este respecto que no son suficientes los pronósticos estadísticos basados en la pertenencia de un sujeto a un grupo y que es necesaria una consideración individual integrada que atienda a las circunstancias de la persona y del hecho realizado por el autor. Cfr. ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegesperren?*, p. 469.

parencia, se reconoce con carácter general que todavía hoy los pronósticos de peligrosidad son muy poco fiables¹³⁷.

El elevado índice de fracaso de estos pronósticos sobre lo que el sujeto puede llegar a hacer en un futuro contrasta claramente con la gravedad de las sanciones y medidas que a partir de los mismos se aplican al sujeto considerado peligroso, por lo que existe un intenso debate entre quienes rechazan el uso de estos pronósticos y quienes consideran que, a pesar de sus limitaciones, no es posible prescindir de ellos.

Una primera crítica hace referencia a lo extremadamente difícil que resulta con carácter general predecir las conductas humanas, y en especial las conductas que consisten en la comisión de un delito más o menos grave¹³⁸. La enorme cantidad de aspectos que pueden condicionar la decisión futura de una persona supone que los pronósticos resulten siempre complicados, más aún cuando se hacen para largos períodos de tiempo. No son pronósticos equiparables a los que utilizan por ejemplo las compañías aseguradoras, porque lo importante no es el porcentaje total de delitos que se pueden llegar a producir, sino la probabilidad de que el sujeto concreto que está siendo enjuiciado llegue a cometer un delito¹³⁹. La conducta delictiva, sobre todo la de carácter grave, es un tipo de conducta inusual que responde a una decisión basada en la combinación de muy diferentes factores. Las tasas de reincidencia en los delitos graves, incluidos los delitos sexuales, es generalmente baja¹⁴⁰, y el hecho de que el sujeto tenga alguna patología o enfermedad mental no supone tampoco un incremento de esas tasas, por más que en tales casos los delitos puedan resultar más llamativos o generar mayor impacto en la sociedad¹⁴¹. Por otra parte, es difícil también que los pronósticos lleguen a resultados suficientemente claros como para adoptar medidas tan importantes como las que se quieren justificar a partir de los mismos. Se afirma, a este respecto, que en el 70% de los casos los resultados de los pronósticos sobre la peligrosidad del sujeto se encuentran en una zona intermedia («*campo medio*») desde la que es muy aventurado decir si el sujeto es o no peligroso¹⁴².

¹³⁷ ASHWORTH, *Sentencing & Criminal Justice*³, pp. 180-181; BARTON, en IDEM (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, p. 27; VON HIRSCH, en IDEM/ASHWORTH, *Principled Sentencing*², p. 99; JORGE BARREIRO, *LH-Mir Puig*, p. 615; MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 27-28 y 52.

¹³⁸ Cfr. ASHWORTH, *Sentencing & Criminal Justice*³, p. 180; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, p. 94; POLLÄHNE, en BARTON (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, p. 245; HÖRNLE, *StV*, 2006, p. 385; JORGE BARREIRO, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 573; ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegesperren?*, p. 462.

¹³⁹ Cfr., rechazando la comparación, MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 41-42.

¹⁴⁰ Cfr., en este sentido, por ejemplo, HÖRNLE, *StV*, 2006, p. 385, con más referencias.

¹⁴¹ Cfr. ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegesperren?*, pp. 464-466. Se hace eco este autor de la toma de posición de la Asociación Americana de Psiquiatría en contra de la participación de psiquiatras en la realización de pronósticos de peligrosidad por lo difícil que es predecir conductas violentas desde el punto de vista médico o psiquiátrico incluso en el caso de sujetos con trastornos mentales.

¹⁴² SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, p. 103; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 155-156.

Una segunda crítica tiene que ver con los efectos indeseados que se derivan de la propia realización del pronóstico de peligrosidad, más allá de sus consecuencias directas sobre la sanción penal. Un primer efecto negativo es la estigmatización que se produce sobre el sujeto al que se le llega a definir como penalmente peligroso, la cual no sólo puede llegar a resultar infamante, sino que además puede dar lugar a una profecía de autocumplimiento; es decir, a que la propia definición del sujeto como peligroso condicione su conducta hasta el punto de convertirlo en peligroso aunque inicialmente no lo fuera. En tal caso, efectivamente, el sujeto podría renunciar a cambiar la imagen que se ha dado de él, cayendo en una especie de fatalismo que le impida desviarse de una futura conducta delictiva¹⁴³. Un segundo efecto negativo se refiere a las implicaciones que puede tener la selección de unas u otras circunstancias personales a la hora de realizar el pronóstico, sobre todo si se trata de un pronóstico estadístico. Los problemas se encuentran no sólo en el momento de tomar como referencia aspectos que son independientes de la voluntad o del comportamiento del sujeto, como la edad, la nacionalidad, el coeficiente intelectual o la situación de desempleo, por ejemplo, sino sobre todo en el momento de considerar aspectos sobre los que se construyen los discursos discriminatorios, como la raza, el género, la religión, la orientación sexual, la filiación política o la clase social. Además de los problemas jurídicos que, desde el punto de vista de la igualdad, plantea el tratamiento diferenciado de los sujetos en atención a estos factores, existen también problemas importantes desde el punto de vista político-criminal, pues la inercia en la que se puede incurrir al tomar en consideración unos u otros aspectos refuerza los prejuicios sociales sobre determinados colectivos y contribuye a que, en última instancia, unos colectivos sean considerados más peligrosos y resulten más sancionados que otros¹⁴⁴.

Una tercera crítica es la relativa a la evaluación de la corrección del pronóstico de peligrosidad. Dicha evaluación es difícil de realizar en el caso de los *falsos positivos*; es decir, en el caso de los pronósticos que afirman la peligrosidad criminal de un determinado sujeto que finalmente no resulta peligroso o no llega a cometer ningún delito grave. Estos falsos positivos son muy difíciles de identificar porque cuando se llega a la conclusión de que el sujeto es peligroso lo normal es que se le aplique una pena o una medida que lo mantenga custodiado, eliminando –o al menos limitando– la posibilidad de que vuelva a delinquir¹⁴⁵. Para poder valorar la corrección del pronóstico, habría que averiguar qué hubiera ocurrido si el sujeto considerado peligroso queda en libertad. Ello solo es posible cuando, por excepcionales circunstancias, el sujeto considerado peligroso no llega a ingresar en un centro privativo de libertad. Es lo que ocurre en los llamados «experimentos naturales», como el que se produjo en 1966 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU

¹⁴³ Cfr. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 93-94.

¹⁴⁴ Llaman la atención sobre ello, POLLÄHNE, en BARTON (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, p. 245; TONRY, en VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing*², p. 135.

¹⁴⁵ Cfr., en este sentido, por ejemplo, KUNZ, en BARTON (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, p. 84; POLLÄHNE, en BARTON, *op. cit.* p. 248; HÖRNLE, *StV*, 2006, pp. 385-386; VON HIRSCH, en IDEM/ASHWORTH, *Principled Sentencing*², p. 99.

en el caso *Braxton vs. Herold*. En dicha sentencia se llegó a la conclusión de que se había retenido ilícitamente en un centro psiquiátrico a cerca de 1000 sujetos que habían cumplido su condena, por lo que se ordenó su puesta en libertad a pesar de que previamente habían sido considerados criminalmente peligrosos. Se hizo un seguimiento de esos sujetos y se observó que apenas un 2% volvió a cometer delitos violentos¹⁴⁶. De no haber sido por la sentencia del Tribunal Supremo que decretaba la puesta en libertad de estos sujetos no se hubiera podido comprobar, por tanto, que los pronósticos de peligrosidad que se hicieron en su momento dieron como resultado un 98% de falsos positivos. En cambio, la corrección del pronóstico con respecto a los falsos negativos es muy fácil de constatar, pues el hecho de que un sujeto considerado no peligroso llegue a cometer un delito no solo es algo que inmediatamente se conoce, sino que además suele tener una enorme repercusión social. Esta importante y evidente limitación a la hora de evaluar el acierto de los pronósticos de peligrosidad se traduce, lógicamente, en una menor preocupación por los falsos positivos que por los falsos negativos, lo que conduce a una sobrestimación de la peligrosidad y con ello a una general desconfianza sobre la corrección de los pronósticos de peligrosidad.

La cuarta y principal crítica que se hace a los pronósticos de peligrosidad es, efectivamente, la relativa a la llamada «*Overprediction*»; esto es, la excesiva tendencia a formular pronósticos positivos de peligrosidad¹⁴⁷. Los detractores de los pronósticos denuncian en este sentido el elevado número de falsos positivos que se detectan en aquellos casos, como el de *Braxton vs. Herold*, en los que es posible hacer un seguimiento en libertad de los sujetos inicialmente considerados peligrosos. En los estudios de este tipo que se han ido haciendo en épocas más recientes se observa que los pronósticos incurren siempre en una sobreestimación del peligro; quizá no llegan a la grosera sobreestimación del caso *Braxton vs. Herold*, pero sí llegan a porcentajes igualmente preocupantes, con una media de un 70% de falsos positivos¹⁴⁸. No es de extrañar que se alcance ese número de falsos positivos si se tiene en cuenta la alarma social que generan los falsos negativos y la consecuente presión a la que se ven sometidos quienes deben realizar el juicio de pronóstico, que tienden normalmente a evitar el riesgo de que se produzca un falso negativo formulando pronósticos positivos, cuya incorrección, además, como se ha visto, es más difícil de detectar¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Cfr., con más detalle, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 164-166; MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 19-20.

¹⁴⁷ Cfr. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 102-103; POLLÄHNE, en BARTON (ed.), ... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, p. 256; VON HIRSCH, en IDEM/ASHWORTH, *Principled Sentencing*², pp. 99-102; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 163-164; MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, p. 26.

¹⁴⁸ Cfr. los estudios analizados por MARTÍNEZ GARAY, *InDret* 2/2014, pp. 19-26.

¹⁴⁹ Cfr. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, p. 106; VON HIRSCH, en CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOÁN (coord.), *La delincuencia violenta*, p. 208; BARTON, en IDEM (ed.),... *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!*, p. 27; POLLÄHNE, en BARTON, *op. cit.*, pp. 257-258; ALBRECHT, en KOCH (ed.), *Wegsperrren?*, p. 459; MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 31-32.

Algunos partidarios del uso de los pronósticos consideran que, en realidad, no hay falsos positivos, pues el hecho de que un sujeto considerado peligroso no llegue a cometer un delito no significa que en su momento el sujeto no fuera realmente peligroso. Su situación sería comparable, se dice, a la de una bomba enterrada que no ha explotado en mucho tiempo y que es necesario desactivar o a la de un conductor ebrio que aunque no llega a provocar finalmente ningún accidente debe ser retirado de la circulación¹⁵⁰. El problema de esta argumentación es que no repara en que, precisamente, lo que se pretende es examinar el grado de acierto del pronóstico para saber si las bases sobre las que se afirma la peligrosidad son o no correctas y el sujeto puede considerarse peligroso¹⁵¹. De la misma forma, si se llegara a la (improbable) conclusión de que los conductores ebrios no producen accidentes podría ponerse en duda que su actuación sea realmente peligrosa. La crítica de la sobreestimación del riesgo no se refiere al trato injusto que se produce en los casos de falsos positivos, cuando se priva de libertad a un sujeto considerado criminalmente peligroso que después no llega a cometer ningún delito, pues esa posibilidad existe siempre que la decisión se fundamente en un juicio de probabilidad. La crítica a la sobreestimación del riesgo se centra más bien en la poca fiabilidad de unos pronósticos que pueden llegar a formular un 70% de falsos positivos, pues ese porcentaje de error indica que en realidad las bases del pronóstico eran equivocadas y que, en esa medida, los sometidos al pronóstico no debieron ser considerados peligrosos. No se cuestiona el hecho de que se considere peligroso un sujeto que finalmente no comete ningún delito; lo que se cuestiona es que pueda considerarse peligroso un sujeto a partir de unos pronósticos que arrojan tan elevado número de falsos positivos. Se crítica, en definitiva, la excesiva falibilidad de los pronósticos de peligrosidad.

Hay autores que, aun reconociendo todas estas críticas, defienden la necesidad de utilizar los pronósticos de peligrosidad. Consideran que es inevitable hacer uso de estos pronósticos y que, de hecho, están siendo utilizados constantemente, ya no sólo al adoptar determinadas medidas administrativas y policiales, sino también en materia penal, al imponer medidas de seguridad a los sujetos inimputables o al valorar por ejemplo la posibilidad de suspender la aplicación de una pena o de conceder una libertad condicional. De ello se podría deducir la necesidad de aceptar y perfeccionar estos pronósticos, haciendo lo posible por corregir las limitaciones con las que cuentan en la actualidad¹⁵². Tales consideraciones, sin embargo, aun pudiendo ser compartidas, no son suficientes para justificar un uso generalizado de los pronósticos de peligrosidad, pues existe un importante contraste entre la gravedad de las medidas que pueden aplicarse por razones preventivas y la fiabilidad que a

¹⁵⁰ Cfr., en este sentido, por ejemplo, MORRIS, en VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing*², p. 108. Cfr., también, sobre este tipo de argumentación, MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 12-13.

¹⁵¹ Cfr. VON HIRSCH, en IDEM/ASHWORTH, *Principled Sentencing*², p. 102.

¹⁵² Cfr., por ejemplo, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 96 y 106; TONRY, en VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled Sentencing*², p. 130; JORGE BARREIRO, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 573; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 140-141 y 168-169.

día de hoy ofrecen los pronósticos de peligrosidad¹⁵³. Que los juicios de carácter prospectivo puedan ser apropiados para adoptar determinadas medidas administrativas o policiales, para imponer una medida de seguridad a un inimputable o para limitar la ejecución de una pena, no significa que tales juicios pueden ser suficientes para justificar la adopción de medidas adicionales a la sanción basada en la culpabilidad, como una prolongación de la pena o una medida de seguridad complementaria de la pena. Se podría decir que, en el caso de los sujetos imputables a los que se impone una pena basada en la culpabilidad, también se utilizan los pronósticos de peligrosidad para limitar la ejecución de la pena, pero no es lo mismo valorar la peligrosidad del autor para limitar o reducir la pena, que para prolongar o complementar dicha pena. Los reparos que generan los pronósticos de seguridad resultan mucho más determinantes cuando se pretende imponer una sanción que vaya más allá del límite marcado por la culpabilidad. Por lo general, quienes se oponen a la utilización de los pronósticos de seguridad, no lo hacen de manera absoluta, sino sólo en la medida en que tales pronósticos puedan servir para justificar sanciones complementarias a la pena¹⁵⁴.

VII. CONCLUSIÓN

Una vez explicadas y contextualizadas político-criminalmente las últimas reformas legislativas relativas al tratamiento de los delincuentes imputables peligrosos, procede ahora, a modo de conclusión, realizar algunas observaciones críticas sobre el modelo sancionador basado en la acumulación de penas y medidas de seguridad.

En los epígrafes iniciales de este trabajo se ha puesto de manifiesto la conveniencia de optar, con carácter general, por un *sistema dualista* o de *doble vía* en el que se reconozcan dos tipos de sanciones o consecuencias jurídicas del delito: la pena y la medida de seguridad. Este sistema dualista, como se ha visto, es preferible al sistema monista por cuanto permite evidenciar las diferentes fundamentaciones que puede tener la sanción penal: una basada en la culpabilidad y otra basada en la peligrosidad. Cuando las fundamentaciones son distintas, lo razonable es que los contenidos de la sanción sean distintos y los principios limitadores también sean distintos. Así, por ejemplo, una sanción fundamentada en la peligrosidad no debería tener carácter afflictivo y debería, en todo caso, estar sometida a una revisión periódica para confirmar el estado de peligrosidad que justifica su aplicación. El sistema dualista, al establecer claramente la diferencia entre unas sanciones y otras, hace más difícil la imposición de sanciones híbridas que no se someten a ningún principio limitador y acaban teniendo una duración totalmente desproporcionada. Es lo que ocurre cuando en los sistemas monistas se apela a la peligrosidad para imponer penas privativas

¹⁵³ Cfr., con carácter general, ASHWORTH, *Sentencing & Criminal Justice*³, pp. 182-183. Cfr., también, en este sentido, apelando al «principio de precaución», ROBLES PLANAS, *InDret*, 4/2007, p. 16.

¹⁵⁴ Cfr., en este sentido, por ejemplo, VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, pp. 90-92; HÖRNLE, *StV*, 2006, pp. 386-387; GARCIA RIVAS, *RGDP* 16 (2011), pp. 15-16; pp. 45 y ss.; MARTÍNEZ GARAY, *InDret* 2/2014, pp. 42-43 y 56-60.

de libertad de duración indeterminada o cuando en los sistemas dualistas no se establece correctamente la diferenciación y se incurre en un fraude de etiquetas complementando las penas con medidas de seguridad que no solo tienen un contenido afflictivo semejante al de las penas privativas de libertad, sino que además carecen de duración determinada y, en algunos casos, como en el de la custodia de seguridad alemana, llegan a aplicarse de manera retroactiva.

Una vez mostrada la preferencia por el sistema dualista, la siguiente cuestión es si debe optarse por un sistema dualista rígido, como el que sigue el CP español desde la reforma de 2010, en el que se acumulan penas y medidas de seguridad¹⁵⁵. A este respecto, hay que empezar afirmando que en caso de tratarse de medidas de seguridad de contenido idéntico a la pena privativa de libertad, como podría ser el caso de una custodia de seguridad en centro penitenciario, tal opción sería rechazable porque se estaría nuevamente incurriendo en un fraude de etiquetas, tratando como medida de seguridad lo que propiamente sería una pena. En cuanto a otras medidas de seguridad diferenciadas de la pena, la opción resulta igualmente rechazable. Y lo es por las razones apuntadas en los epígrafes anteriores. El añadir a la pena ya cumplida una medida de seguridad es expresión de un modelo político criminal securitario que no se conforma con ver al delincuente como un sujeto autónomo y responsable al que debe sancionarse por el delito cometido, sino que además quiere presentarlo como una agente peligroso que ha de ser inocuizado. La culpabilidad del sujeto deja de ser el límite máximo de la sanción penal, que se hace ahora depender de algo tan indeterminado como la peligrosidad criminal. Es una opción que no responde a un incremento en las tasas de reincidencia delictiva, sino a razones de estrategia política con las que se pretende obtener el apoyo de la ciudadanía. El resultado es un discurso que pone en duda los tradicionales principios limitadores del *ius puniendi* y que centra en la peligrosidad el fundamento de la sanción penal, convirtiendo al Derecho penal en un instrumento de exclusión de sujetos peligrosos con los que se renuncia a dialogar en términos valorativos o normativos. A partir de ahí, se hace necesario recurrir a los nada o poco fiables pronósticos de peligrosidad para, en el momento en que se va a terminar de cumplir la pena, definir al condenado como sujeto peligroso y justificar la imposición de una medida de seguridad complementaria no pensada tanto para su tratamiento terapéutico, como para su aseguramiento o neutralización. Aun cuando algunas medidas resulten menos restrictivas de derechos individuales, como puede ser el caso de la medida de libertad vigilada, que no conlleva una privación de libertad, la opción del legislador español sigue siendo rechazable, por cuanto instaura un nuevo modelo de sanciones basado en la seguridad que deja abierta la posibilidad de que la sanción penal

¹⁵⁵ Se muestran dispuestos a aceptar este modelo, aunque con diferentes reservas y respetando en todo caso ciertas limitaciones, SÁNCHEZ LÁZARO, *RP* 17, 2006, 161-162; ZUGALDÍA ESPINAR, *RDPCr*, 3ª época, 2009, pp. 205-209; BORJA JIMÉNEZ, *RGDP*, 2012, pp. 55-56; ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 148 y ss. Cfr. también, GRACIA MARTÍN, *LH-Gimbernat Ordeig*, pp. 999-1000, quien, no obstante, por razones de proporcionalidad, aceptaría solo medidas de vigilancia o de conducta y encuentra preferible en todo caso abordar la peligrosidad del sujeto durante la ejecución de la pena, en el momento de otorgar la libertad condicional o conceder beneficios penitenciarios.

traspase los límites de la culpabilidad; y siendo la seguridad un concepto tan variable y tan susceptible de utilización política, no es de extrañar que se pretenda seguir avanzando en ese camino hasta límites cada vez menos soportables. La experiencia comparada y las últimas propuestas del Gobierno en materia de sanciones confirman esa impresión.

Dentro del sistema dualista es preferible, por tanto, un *sistema tendencialmente monista* como el que estaba vigente desde el CP de 1995, en el que las medidas de seguridad se apliquen únicamente a los inimputables o semiimputables, o un *sistema dualista flexible*, vicarial o de sustitución, en el que las medidas de seguridad se apliquen también a los imputables, pero no se acumulen a la pena, sino que la sustituyan¹⁵⁶.

Ambos sistemas son apropiados para conjurar los riesgos del modelo securitario porque rechazan la aplicación de sanciones o medidas de carácter independiente que vayan más allá de la culpabilidad. No se excluyen las consideraciones preventivas y los pronósticos de peligrosidad, pero se tienen en cuenta solamente para limitar la duración de la pena o para aplicar medidas de seguridad sustitutivas de la pena.

Las diferencias entre el sistema tendencialmente monista y el sistema dualista flexible, desde un punto de vista práctico, no son tantas, pues en el sistema tendencialmente monista, al menos en el que venía estando vigente en el Derecho penal español desde 1995, también se sustituye la pena por la medida de seguridad en los casos de sujetos semiimputables o incluso en el caso de sujetos imputables a los que se aplican determinadas circunstancias atenuantes¹⁵⁷. La única particularidad radica, por tanto, en que el sistema dualista flexible admite abiertamente la posibilidad de que el sujeto imputable sea considerado peligroso y merecedor de una medida de seguridad. Tal hipótesis es la que un sujeto es, al mismo tiempo, imputable (capaz de actuar conforme a la norma) y peligroso es ciertamente poco probable, pues un síntoma de falta de imputabilidad (menor capacidad de respetar la norma) puede ser precisamente la existencia de una tendencia delictiva¹⁵⁸. No obstante, en tanto que podría no ser descartable que haya sujetos imputables y peligrosos, conviene aclarar cómo

¹⁵⁶ Son partidarios de este modelo vicarial en el tratamiento de los delincuentes imputables peligrosos, por ejemplo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 377 y ss.; SANZ MORÁN, *LH-Serrano Gómez*, pp. 1100-1101; admitiendo sin embargo la posibilidad excepcional de acumular penas y medidas, sobre todo si no son privativas de libertad; GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, pp. 151-154, admitiendo también esa posibilidad; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *RDP* 22, 2007, pp. 85-90; JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 165 y ss.; IDEM, *LH-Mir Puig*, p. 657. Este autor, que admitía en algún momento que la medida de seguridad privativa de libertad fuera complementada con una medida de vigilancia de conducta (*LH-Rodríguez Mourullo*, p. 585) rechaza que la pena pueda ser completada con una medida como la libertad vigilada, porque además de incurrir nuevamente en un dualismo rígido, resulta desproporcional en atención al incremento en la duración de las penas producido en los últimos años (*LH-Mir Puig*, p. 659). Cfr., también, CARUSO FONTÁN, *RP* 31, 2013, p. 21.

¹⁵⁷ Cfr., a este respecto, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 162-165, con referencias jurisprudenciales en las que se admite en estos casos la posibilidad de imponer también una medida de seguridad.

¹⁵⁸ Cfr., en este mismo sentido, ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 67-69.

pueden combinarse en tal caso la pena y la medida de seguridad. El sistema tendencialmente monista sería el más apropiado si se llegara a la conclusión de que, directamente, no es posible esta combinación porque en términos normativos resulta contradictorio reconocer a un sujeto como un sujeto responsable y tratarlo a la vez como un sujeto peligroso¹⁵⁹. El sistema dualista flexible sería en cambio el más adecuado si se pone en duda esa contradicción y se asume la posibilidad de imponer al sujeto imputable medidas de carácter preventivo-especial. En todo caso, este sistema supondría dejar de aplicar en un primero momento la pena y sustituirla por una medida de seguridad; una medida que habría de estar basada además en el tratamiento del delincuente, pues si el objetivo fuera la custodia o el aseguramiento difícilmente se podría diferenciar de la pena y no haría falta la sustitución. Se logra de esta forma evitar la tentación de incurrir en un fraude de etiquetas y utilizar la medida como forma de alargar la duración de la pena. Por esa misma razón, aunque la duración de la medida pudiera determinarse con independencia de la duración de la pena, en el entendido de que ciertamente son consecuencias jurídicas de naturaleza y fundamentación distinta, no debería superarse el límite de duración de la pena sustituida¹⁶⁰.

Tanto con el sistema tendencialmente monista, como con el sistema dualista flexible, lo importante es garantizar, por razones político-criminales, que la medida de seguridad preventiva no se utilice para imponer una sanción más larga o más grave de la que correspondería en atención a la culpabilidad del autor¹⁶¹. Se trata de dejar fuera del Derecho penal la sanción de carácter puramente prospectivo, basada solo en la posibilidad de que

¹⁵⁹ Llamen la atención sobre ello SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2/2010, pp. 2-3, haciéndose eco de la tesis de Köhler en el sentido de que es una contradicción afirmar y negar al mismo tiempo la racionalidad del sujeto al que se impone una pena y a la vez una medida de seguridad. A juicio de Silva, la pena viene a decir «no esperábamos esto de ti», mientras que la medida de seguridad se impone porque «sí lo esperábamos», de manera que el sistema dualista estricto puede encerrar efectivamente un «germen de contradicción». A su juicio, es necesario saber si la medida complementaria a la pena encierra en realidad una propia pena basada en una particular teoría de la culpabilidad, cercana a la doctrina de la culpabilidad por la conducción de vida. Cfr., también, denunciando esa posible contradicción, PEÑARANDA RAMOS, en LASCURAIN SÁNCHEZ (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, pp. 253; ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva*, 215 y ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, *RJUAM* 26, 2012, p. 198; CARUSO FONTÁN, *RP*, 31, 2013, pp. 8-9; RODRÍGUEZ HORCAJO, en PEREZ ÁLVAREZ (ed.), *III Congreso Internacional Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, p. 8.

¹⁶⁰ Cfr., en este mismo sentido, MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 58-61. De otra opinión, favorables a una medida de duración independiente de la pena, aunque sometida a límites temporales, por ejemplo, JORGE BARREIRO, *LH-Mir Puig*, p. 657; SÁNCHEZ LÁZARO, *RP* 17, 2006, 147 y ss. Cfr., también, explicando el debate acerca de la relación entre los límites de las medidas de seguridad y los de la pena, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, pp. 181-190.

¹⁶¹ Es un modelo que no es completamente retribucionista, porque puede tener en cuenta la peligrosidad del sujeto para limitar la concesión de beneficios penitenciarios, pero que descarta la posibilidad de establecer una sanción complementaria con respecto a la pena fundamentada en la retribución. Cfr., a este respecto, ASHWORTH, *Sentencing & Criminal Justice*³, pp. 164-169, optando en este mismo sentido por un modelo de «progressive loss of mitigation», en el que el sujeto pierde beneficios a medida que reincide en la actuación delictiva, pero sin pasar nunca del techo de la pena. Cfr., también, en esta línea, VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, pp. 35 y ss., p. 41, destacando la conveniencia de que la prevención opere únicamente dentro de los límites de censura.

se cometa un delito en el futuro. La prevención debe tenerse en cuenta sólo para reducir o limitar la pena que se haya impuesto al sujeto en función de un reproche normativo por el delito cometido. Se debe descartar, en definitiva, la posibilidad de acumular penas y medidas de seguridad¹⁶².

¿Qué ocurre entonces cuando la peligrosidad del sujeto considerado imputable perdura o parece perdurar más allá del tiempo de cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad sustitutiva? En tal caso, para ser coherente con el sistema previamente defendido, habría que decir que la únicas sanciones penales de carácter más o menos preventivo que podrían tomarse en consideración son las previstas como penas accesorias en el art. 57 CP¹⁶³, que tienen un contenido algo parecido al de la medida de libertad vigilada, pero que presentan la ventaja de imponerse en la misma sentencia condenatoria que reconoce la culpabilidad del sujeto, sin necesidad de ulteriores juicios de peligrosidad independientes, y sin abrir la puerta a un nuevo sistema de sanciones, con todos los riesgos que ello conlleva. Más allá de tales penas accesorias, sólo cabrá ya apelar a la necesidad de adoptar medidas preventivas de carácter social y policial, al margen del Derecho penal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010

ALBRECHT, HANS JOACHIM, “Sicherheit und Prävention in strafrechtlichen Sanktionensystemen. Eine kriminologische Perspektive”, en KOCH (coord.), *Wegsperrten? Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich*

¹⁶² Rechazan también, con carácter general, la posibilidad de acumular penas y medidas de seguridad, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva*, 215 y ss.; CARUSO FONTÁN, *RP* 31, 2013, pp. 13 y ss.; POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, *AP*, 2001, pp. 911 y ss.; GARCÍA ALBERO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, p. 129, quien lo considera contrario al principio *non bis in idem*; PEÑARANDA RAMOS, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, pp. 250-151, quien sostiene que la inoquización o incapacitación solo caben a lo sumo en el marco de una pena adecuada a la retribución y a la prevención general, y que ir más allá de ese límite sería dar paso a un Derecho penal de autor; PUENTE RODRÍGUEZ, *RJUAM* 26, 2012, pp. 198-199; RODRÍGUEZ HORCAJO, en PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *III Congreso Internacional Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, p. 12, entendiendo también que una medida complementaria atenta contra el principio del hecho.

¹⁶³ Como una preparación para la definitiva reincorporación a la sociedad del sujeto, en la línea de lo correspondería a la última fase de ejecución de la pena. Cfr., en sentido parecido, admitiendo que la libertad vigilada sea adoptada bajo la fórmula de una pena accesoria, GARCÍA ALBERO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, pp. 135-138; GARCIA RIVAS, *RGDP* 16 (2011), pp. 9 y 27; CARUSO FONTÁN, *RP* 31, 2013, p. 18.

verantwortliche (Rückfall-)Täter. Internationaler Vergleich. Kriminologische Perspektiven, Duncker & Humblot, Berlín, 2011, pp. 431 y ss.

ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMIRLIO/GURDIEL SIERRA, MANUEL/CORTÉS BECHIARELLI, EMILIO (dir.) *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 55-73.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, ANA CRISTINA, “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal (RDP)*, nº 22, 2007, pp 69-91.

ARMAZA ARMAZA, EMILIO JOSÉ, ARMAZA *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013.

ASHWORTH, ANDREW, *Sentencing and Criminal Justice*, 3ª ed., Butterworths, Londres, 2000.

BARTON, STEPHAN, “Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungs-verwahrung: Tagungsverlauf und eigene Stellungnahme”, en BARTON, STEPHAN (ed.), „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, Nomos, Bielefeld, 2006, pp. 12-33.

BÖHM, MARÍA LAURA, “Securitización”, *Revista Penal (RP)*, nº 32, 2013, pp. 72-90.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la Globalización: Una cuestión de límites”, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, núm. 18, 2012.

– “Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables”, *Revista Penal (RP)*, nº 32, 2013, pp. 91-112.

CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL, “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho penal alemán”, *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 2007, pp. 205 y ss.

CARUSO FONTÁN, VIVIANA, “Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual «peligroso»”, *Revista Penal (RP)*, nº 31, 2013, pp. 3-21.

CEREZO MIR, JOSÉ, “El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código penal, parte general”, en COBO DEL RESAL, MANUEL (ed.), *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del profesor Dr. Don Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 249-255.

- “Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995”, en VVAA, *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Primer Volumen*, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pp. 373-394.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP)*, núm. 7, 2005.
- DRENKAHN, KIRSTIN / MORGENSTERN, CHRISTINE, “Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen – Der Streit um die Sicherungsverwahrung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, núm. 124, 2012, pp. 132-203.
- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, “La libertad vigilada en el Derecho Penal de adultos”, en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, JULIO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2012, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Civitas, Madrid, 2011, pp. 213-239.
- FRISCH, WOLFGANG, “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal” (trad. Ziffer, Patricia), *InDret*, 3/2007.
- GARCÍA ALBERO, RAMÓN M., “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, en ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISO J. (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea, La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 127-140.
- GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, núm. 16, 2011.
- GRACIA MARTÍN, LUIS, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en Derecho Penal”, en GARCÍA VALDÉS, CARLOS *et al.*, *Estudios Penales en Homenaje al Enrique Gimbernat*, tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 975-1003.
- GUISASOLA LERMA, CRISTINA, *Reincidencia y delincuencia habitual, Regulación legal, avance crítico y propuesta de lege ferenda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- HAFKE, BERNHARD, “Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?”, *Kritische Justiz (KJ)*, num 1, 2005, pp. 17-34.
- VON HIRSCH, ANDREW, *Censurar y castigar* (trad. Larrauri Pijóan, Elena), 1998.
 - “Law and Order: Die Politik der Ressentiments”, en LÜDERSSSEN, KLAUS (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, t. 5., Nomos, Baden Baden, 1998, pp. 31-43.

- “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”, en CID MOLINÉ, JOSÉ / LARRAURI PIJOÁN, ELENA (coords.), *La delincuencia violenta, ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 200 y ss.
- “Incapacitation”, en VON HIRSCH, ANDREW/ASHWORTH, ANDREW, (eds.), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, 2ª ed., Hart, Oxford, 1998, pp. 88 y ss.

HÖFFLER, KATRIN/KASPAR, JOHANNES, “Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann. Zugleich ein Beitrag zu den Aporien der Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionssystems”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, núm, 124, 2012, pp. 87-131.

HÖRNLE, TATJANA, “Verteidigung und Sicherungsverwahrung”, *Strafverteidiger (StV)*, 2006, pp. 383-389.

- “Der Streit um die Sicherungsverwahrung. Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 2011, vol. 31, núm. 9, pp. 488-493.

JAKOBS, GÜNTHER, “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena” (trad. Pastor Muñoz, Nuria), *InDret* 1/2009.

JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1976.

- “Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho”, en VV.AA., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 143-192.
- “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 BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL/JORGE BARREIRO, AGUSTÍN/SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, (dirs.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 565-586.
- “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 LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 599-660.

KUNZ, KARL-LUDWIG, “Die Sicherung als gefährlich eingestufte Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion”, en BARTON,

- STEPHAN (ed.), *...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist! Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, Nomos, Bielefeld, 2006, pp. 71-86.
- LAMAS LEITE, ANDRÉ, “«Nueva penología», punitive turn y Derecho penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna”, *InDret* 2/2013.
- LLOBET ANGLÍ, MARIONA, “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias” *InDret* 1/2007.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B., *La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada, 1999.
- MARTÍNEZ GARAY, LUCÍA, “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, *InDret* 2/2014.
- MONGE FERNÁNDEZ, ANTONIA, *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, J. M. Bosch, Barcelona, 2009.
- MORRIS, NORVAL, “Incapacitation within Limits”, en VON HIRSCH, ANDREW/ASHWORTH, ANDREW, (ed.), *Principled Sentencing, Reading on Theory & Policy*, 2ª ed., Hart, Oxford, 1998, pp. 107-112.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Monismo y dualismo en el derecho penal español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, Santiago de Compostela, 1983, pp. 215-239.
- PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, “La pena: nociones generales”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 221-260.
- 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”, *Actualidad Penal (AP)*, 2001, pp. 897-923.
- POLLÄHNE, HELMUT, “Kriminalprognostik zwischen richtigen Basisraten und falschen Positiven: Theoretische, methodologische und juristische Aspekte” en BARTON, STEPHAN (ed.), *...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist! Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, Nomos, Bielefeld, 2006, pp. 221-258.
- PUENTE RODRÍGUEZ, LEOPOLDO, “Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, núm. 26, 2012, pp. 183-202.

- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, “Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal”, en VV.AA., *La reforma penal y penitenciaría*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1980, pp. 569-587.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO, “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCr)*, 3ª época, nº 8, 2012, pp. 195-227.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, PALOMA, “Peligrosidad social y Constitución”, *Indret* 3/2008.
- ROBLES PLANAS, RICARDO, “«Sexual Predators» Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret* 4/2007.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, DANIEL, “La custodia de seguridad: ¿«retorno al pasado» o «regreso al futuro»?”, en PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO, (ed.), *III Congreso Internacional Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales* (en prensa).
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986.
- SÁNCHEZ LÁZARO, FERNANDO GUANARTEME, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, *Revista Penal (RP)*, núm. 17, 2006, pp. 142 y ss.
- SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en BUENO ARÚS, FRANCISCO/GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS/SERRANO MAÍLLO, ALFONSO (coords.), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1085-1101.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)”, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 15-49.
- “El retorno de la inocuización”, en ARROYO ZAPATERO, LUIS / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO (dir), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Universidad de Castilla La Mancha, Eds. Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, vol 1, pp. 699-710.

- *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., B de f, Montevideo, 2011.
- “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, *InDret* 2/2010.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA/FELIP I SABORIT, DAVID/ROBLES PLANAS, RICARDO/PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en VVAA, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 113-135.

TONRY, MICHAEL, “Selective Incapacitation: The Debate over its Ethics”, en VON HIRSCH, ANDREW/ASHWORTH, ANDREW (ed.), *Principled Sentencing, Reading on Theory & Policy*, 2ª ed., Hart, Oxford, pp. 129-135.

WALTHER SUSANNE, “Umgang mit Sexualstratftätern: Amerika, Quo Vadis”, en *Vergewisserungen über aktuelle Grundfragen an das (deutsche) Strafrecht, Monatschrift für Kriminologie un Strafrechtsreform (MschrKrim)* 80 (1997), pp. 199 y ss.

WILSON, JAMES Q, “Selective Incapacitation”, en VON HIRSCH, ANDREW/ASHWORTH, ANDREW (ed.), *Principled Sentencing, Reading on Theory & Policy*, 2ª ed., Hart, Oxford, pp. 113 y ss.

WYVEKENS, ANNE, “La rétention de sûreté en France: une défense sociale en trompe-l’oeil (ou les habits neufs de l’empereur)”, *Déviance et Societé* 2010, vol. 34, n. 4, pp. 503-525.

ZIFFER, PATRICIA, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, 3ª Época. 2009, núm. 1, pp. 199-212.