

## Medidas de seguridad privativas de libertad: la regulación alemana y su reflejo en el proyecto de reforma del código penal español

Margarita Roig Torres

Universitat de València

### Abstract\*

*En el Proyecto de reforma del Código penal las medidas privativas de libertad se vertebran en torno a la peligrosidad, abandonando los límites procedentes de la pena. Siguiendo el modelo de los §§ 63 y 64 StGB, se permite prorrogar el internamiento en centro psiquiátrico o educativo especial de modo indefinido, sin precisar además ninguna perspectiva de curación o mejora de la salud del interno. En cambio, el ingreso en centro de deshabitación cuenta siempre con un límite máximo, y se admite sólo cuando exista expectativa de superar la dependencia o de apartarse del consumo durante cierto lapso de tiempo. Parecen primar los respectivos objetivos de defensa social y de corrección ensalzados en el Derecho alemán. Además, se suprime la restricción de las medidas privativas de libertad a los delitos castigados con penas de igual naturaleza. El nuevo régimen jurídico descansa en el juicio de proporcionalidad, con la gravedad del hecho cometido, los delitos previsibles y la peligrosidad del sujeto, tomando como patrón el § 62 StGB. A todo ello, se suman novedades importantes en materia de ejecución. Se desvirtúa el sistema vicarial actual, descontando de la pena tan sólo un periodo de la medida cumplida, y en ciertos casos se autoriza a ejecutar antes una parte de la pena. La obstinación por proporcionar seguridad a los ciudadanos pone en jaque algunos principios constitucionales esenciales.*

*Der Entwurf zur Reform des spanischen Strafgesetzbuch imitiert die deutsche Regelung von Sicherheitsmaßnahmen begrenzter der Freiheit (§§ 63 y 64 StGB). Diese Regelung erlaubt die Inhaftierung in psychiatrischen oder Sonderschule auf unbestimmte Zeit zu verlängern, ohne Bedarf von Aussicht auf Heilung oder Verbesserung der Gesundheit der internen. Jedoch, die Zulassung zur Entgiftung Zentrum hat immer eine Obergrenze, und es wird nur unterstützt, wenn es erwartet überwinden Abhängigkeit. Die neue gesetzliche Regelung stützt sich auf das Urteil der Verhältnismäßigkeit, gemäß der Schwere der begangenen Straftat, vorhersehbaren Verbrechen und Gefahr des Subjekts, wie im § 62 StGB.*

*In the reform of Spanish criminal code, custodial measures are structured around the dangerousness, leaving the limits from the penalty. According to the model of §§ 63 y 64 StGB, to extend the placement in special education or psychiatric center is allowed indefinitely, without requiring any further prospect of cure or improvement of the health of the inmate. However, admission to detoxification center always has an upper limit, and it is authorized only if there is expectation of overcoming dependence or departing from consumption over a long period. Seems to prevail the aims of social defense and correction exalted in German law. Moreover, the restriction of custodial measures to the crimes punished with penalties of the same nature is suppressed. The new legal regime relies on the judgment of proportionality, taking into account the seriousness of the committed crime and the foreseeable danger of the subject, taking as reference the § 62 StGB. To all this, are added important developments in execution subjects. The vicarious current system is distorted, discounting from the penalty only part of the measure time served, and in some cases is authorized to run a portion of the penalty before of applying the measure. Stubbornness to provide security to the Citizens put in situation of checkmate some essential constitutional principles.*

*Titel: Sicherheitsmaßnahmen begrenzter der Freiheit: Deutsch Regelung und Einfluss auf der spanischen Strafgesetzbuch Reform*

---

\* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación "Derecho penal de la peligrosidad y medidas postdelictuales para prevenir la reincidencia en delitos sexuales y de violencia de género-II" (DER2012/38983), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad.

*Title:* Security measures that restrict freedom: the German regulation and its reflection in the reform of Spanish criminal code

*Palabras clave:* Medidas de seguridad; Proyecto de reforma del Código penal; Derecho penal de la seguridad; Sistema dualista

*Schlüsselwörter:* Sicherheitsmaßnahmen; Entwurf zur reform den spanischen Strafgesetzbuch; Strafrecht auf die Sicherheit; dualistischen System; Maßregeln der Besserung und Sicherung

*Key words:* Security Measures; Draft of reform of the criminal code; Criminal law of security; Dualistic system; Measures of correction and security

## *Sumario*

- 1. Introducción**
- 2. El debate en torno a los límites de las medidas de seguridad**
  - 2.1. Postura del Tribunal Constitucional: la peligrosidad criminal**
  - 2.2. El punto de inflexión: la pena como criterio de medición**
    - a) *La fragilidad del pronóstico de peligrosidad*
    - b) *Precisión de los límites temporales*
- 3. Las medidas de internamiento en el Derecho alemán**
  - 3.1. Consideraciones previas**
  - 3.2. El principio de proporcionalidad como piedra angular de las medidas**
  - 3.3. Regulación legal**
- 4. Las medidas privativas de libertad en el Proyecto de reforma del Código penal**
  - 4.1. La «hegemonía» de la seguridad ciudadana: desaparición de los límites relativos a la pena**
  - 4.2. El nuevo enfoque de las medidas en torno a la peligrosidad: previsión del internamiento ilimitado**
- 5. Bibliografía**

### *1. Introducción*

El intento de combinar los fines y el fundamento singular de las medidas de seguridad con las garantías esenciales de nuestro Estado de Derecho, ha marcado el debate en torno al régimen jurídico más idóneo para esas consecuencias. En los polos de ese discurso se encuentran argumentos difícilmente conciliables. La peligrosidad criminal y la meta de prevención especial conducen hacia tratamientos indeterminados en su duración y acomodados en su contenido a las circunstancias del sujeto. Por su parte, los principios constitucionales implican exigencias de seguridad jurídica y de proporcionalidad aplicables a todas las respuestas penales. Desde esta perspectiva, el Código penal de 1995, partiendo de la naturaleza aflictiva de las medidas, les aplica las garantías de las penas, determinando que no pueden ser ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstracta aplicable al hecho cometido. Pero, como es sabido, esta asimilación ha generado opiniones encontradas, desde el momento en que se añaden límites extraños al fundamento constituido por la peligrosidad del sujeto, por mucho que esa concepción de las medidas como restricción de derechos contribuya a eludir el tan denostado “fraude de etiquetas”.

En realidad, el origen de la tensión entre ambas reacciones se remonta a finales del siglo XIX, con la *Lucha de Escuelas* y la conocida confrontación entre la visión retributiva de la pena propia de la Escuela Clásica, fruto de su opción por el libre albedrío, y la postura determinista de la Escuela Positiva que cifraba el fundamento de la intervención penal en el peligro que el delincuente comportaba para la sociedad. Desde esta óptica, deberían arbitrarse mecanismos de carácter asegurativo o resocializador, destinados a las personas con tendencia a la actividad delictiva, y regidos por un fin de prevención especial<sup>1</sup>. Bajo esta propuesta, las penas debían ser reemplazadas por esas nuevas medidas, adoptando un sistema penal «monista»<sup>2</sup>.

En los países de habla germana, el punto de arranque del proceso que confluyó en la incorporación de las medidas al orden punitivo, se sitúa en las propuestas de VON LISZT y de CARL STOOSS. Dentro de la Escuela Sociológica alemana, el primer autor se opondría tanto a la idea clásica de pena retributiva, como al modelo de medidas presentado por la Escuela positiva italiana. Como expresó en el «programa de Marburgo» de 1882, la pena tiene un carácter finalista (“pena-fin” -*Zweckstrafe*-), siendo su misión la de proteger bienes jurídicos<sup>3</sup>. No obstante, la constatación de la existencia de la pena en épocas primitivas le lleva a rechazar que sea una “invención del ingenio humano”. En sus orígenes fue una *acción instintiva*, esto es, una reacción no determinada por la finalidad, contra perturbaciones de las condiciones de vida del individuo y de los grupos, lo que podríamos llamar delitos, produciéndose después esa transición hacia una configuración preventiva. Esa visión histórica le lleva a concluir que la pena es una consecuencia necesaria del delito<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Este planteamiento se recogió en el Proyecto Preliminar de Código Penal italiano de 1921, elaborado por Ferri.

<sup>2</sup> Ampliamente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, v. I, 5ª ed., 2012, pp. 134 y ss.; GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 431 a 433; EL MISMO, «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho», en García Valdés (coord.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp. 982 y s.; y, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, pp. 353 y ss.; JORGE BARREIRO, «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, p. 177; EL MISMO, «Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho», en CEREZO MIR (dir.), *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 143 y ss.; EL MISMO, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, 2006, pp. 21 y ss.; y, EL MISMO, «Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 600 y ss.; RUBIO LARA, *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales, Problemas y soluciones*, 2011, pp. 13 y ss.; SANZ MORÁN, «Medidas de seguridad y de corrección en el Código penal», *Revista de Derecho Penal*, (1), 2000, pp. 31 y s.; y EL MISMO, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 21 y ss.; STRATENWERTH, «Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Maßnahmen», *ZStrR*, (105), 1988, p. 105; VON LISZT, *La idea del fin en Derecho penal*, 1994, pp. 55 y ss.; y, WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, 1956, pp. 258 y ss.

<sup>3</sup> “La pena es originariamente, o sea, en aquellas formas primitivas que se pueden reconocer en los comienzos de la historia de la cultura humana, una reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuos, ciega, instintiva y no intencional ni determinada por la representación de un fin. Pero poco a poco la pena transforma su carácter. Su objetivación, es decir, la transición desde la reacción de los círculos inmediatamente afectados hasta entregar el examen del asunto a órganos no afectados, capaces de examinarlo con serenidad, posibilita la sobria observación de sus efectos. La experiencia lleva a la conclusión del carácter finalista de la pena. A través de la idea de fin, ella gana objetivo y medida, y se desarrollan tanto el *presupuesto* de la pena (el delito) como su *contenido* y su *ámbito* (el sistema de penas); bajo el dominio del pensamiento finalista, la violencia punitiva se convierte en Derecho penal. La tarea del futuro es proseguir en la misma dirección el desarrollo iniciado; transformar, consecuentemente, la ciega reacción en una protección jurídica de bienes consciente de su objetivo”. VON LISZT, *La idea del fin en Derecho penal*, 1994, pp. 63 y s.

<sup>4</sup> VON LISZT, *La idea del fin en Derecho penal*, 1994, p. 66.

Desde esa concepción utilitaria afirma, siguiendo a IHERING, que los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos, son la corrección, la intimidación y la neutralización<sup>5</sup>. En función de la clase de delincuente, se perseguiría uno de estos objetivos<sup>6</sup>: corrección de los que necesiten de la misma y sean capaces de ella; intimidación de los que no precisen de corrección; y, neutralización de los no susceptibles de ser corregidos<sup>7</sup>. Estas serían las únicas formas de protección de bienes jurídicos. En cambio, la lucha contra la delincuencia habitual presupone, dice VON LISZT, un conocimiento exacto de ella. Y éste falta hasta ahora. El único remedio, que aun siendo una insensatez, permite el ordenamiento jurídico para la defensa necesaria de la sociedad, es la privación de libertad de por vida<sup>8</sup>.

Inicialmente, a este autor se le reprochó que en su planteamiento la pena no se ajustara totalmente a ese objetivo profiláctico, a diferencia de la Escuela clásica que ligaba la sanción de modo irrenunciable a la idea de expiación y de compensación de culpas<sup>9</sup>. Por otra parte, un sector cada más amplio de la sociedad reclamaba una respuesta penal contundente frente a los sujetos reincidentes para los que no sirviera la pena ajustada a la culpabilidad<sup>10</sup>.

Haciéndose eco de esa demanda social, Carl STOOSS, en el Anteproyecto de Código penal suizo de 1893, incorporó al orden penal medidas que hasta entonces sólo se conocían en la esfera administrativa, sentando las bases de un sistema dualista. En el texto recogió las dos sanciones, bajo fines y presupuestos distintos. La pena, concebida como castigo por el hecho delictivo realizado por una persona imputable, que debía graduarse en función de la culpabilidad, y las

<sup>5</sup> "La pena es coacción. Se dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad encontrara corporización. Como coacción, la pena puede ser de doble naturaleza: a) Coerción indirecta, mediata, psicológica o motivación. La pena ofrece al delincuente los motivos que le faltan, que son adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delitos. Ella multiplica y fortalece los motivos existentes. Opera como artificial adecuación del delincuente a la sociedad: α) por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales; β) por intimidación, es decir, por implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en su efecto con los motivos altruistas; γ) Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia. La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial selección del individuo socialmente inapto. Como decía Ihering, "La naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel". VON LISZT, *La idea del fin en Derecho penal*, 1994, pp. 111 y s.

<sup>6</sup> Von Liszt parte de una imagen de hombre como *homo sociologicus*, alejándose de la idea del delincuente racional. Sobre él pretende hacer recaer el Derecho penal de las penas y, sobre todo, de las medidas de seguridad resocializadoras, inoquizadoras o intimidatorias, en función del tipo de delincuente de que se trate, dadas su personalidad y sus circunstancias sociales. Como presupuesto, considera que pena justa es sólo la pena necesaria. En su esquema se constata el fracaso de la pena retributiva, indiferenciada, y se propone una pena orientada al tipo de delincuente: resocializadora, intimidatoria, inoquizadora. La pretensión última es lograr la eficacia, lo que progresivamente condujo a proponer la sustitución de las penas por las medidas de seguridad. Todo ello en un marco general utilitarista de reducción del coste social. SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, 1996, pp. 118 y s.

<sup>7</sup> VON LISZT, *La idea del fin en Derecho penal*, 1994, pp. 113 y s.

<sup>8</sup> VON LISZT, *La idea del fin en Derecho penal*, 1994, pp. 116 y ss.

<sup>9</sup> Más recientemente, la teoría de Von Liszt ha sido considerada, incluso, como el comienzo de una funcionalización política del Derecho penal. Su concepción de la Ciencia del Derecho Penal como una ciencia "total", en la que no sólo está incluida la Dogmática sino también la Política Criminal y la Criminología, ha despertado la sospecha de que el Derecho penal puede ser empleado para la consecución de fines político-criminales no supeditados a los límites del Estado de Derecho. MUÑOZ CONDE, «La herencia de Von Liszt», *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, 2011, p. 23.

<sup>10</sup> FRISCH, «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», *ZStW*, (102), 1990, p. 345.

medidas, dirigidas a contrarrestar la peligrosidad del infractor, en aras a la prevención especial<sup>11</sup>. Ahora bien, las nuevas “medidas de custodia” (*Sicherungsmaßnahmen*) se aplicarían a los delincuentes irresponsables o con la responsabilidad disminuida cuando lo requiriese la seguridad pública, pero también a los reincidentes múltiples, si el Tribunal estuviese convencido de que iban a volver a delinquir, considerando precisa una medida inoquizadora. Asimismo, los alcohólicos y los vagos podrían ser internados en centros adecuados, de desintoxicación o de trabajo.

El eje central de las medidas, según STOOSS, lo constituye la peligrosidad del sujeto, de manera que el hecho es (“*die Tat ist*”) tan sólo uno de los muchos síntomas (“*nur eins von vielen Symptomen*”) reveladores de la misma. Esto suponía que, a diferencia de la pena, tanto la gravedad como la duración de la medida no habrían de acomodarse a la culpabilidad sino a esa prognosis de futuro. En consecuencia, lo decisivo para poner fin a la medida sería el éxito del tratamiento o la desaparición del peligro en el infractor<sup>12</sup>.

Luego, en esta formulación inicial las medidas se regían por criterios puramente pragmáticos, de evitación de delitos y de defensa de la sociedad, sin mediar consideraciones de justicia. Esto hacía que se produjera una escisión, desde este punto de vista ético, entre la pena como respuesta al desvalor representado por el hecho delictivo, ajustada rigurosamente a la culpabilidad, y ese nuevo castigo *sui generis* no sometido a un test de equidad equivalente. Como es natural, el tránsito desde este modelo embrionario hasta la asunción de las medidas de seguridad en las distintas legislaciones iría acompañado de juicios de valor en clave penal y constitucional, sometiendo a las medidas a garantías más estrictas que las derivadas del pronóstico de peligrosidad siempre incierto.

De esta forma, al incorporar ese modelo dual los ordenamientos europeos matizaron la separación entre ambas consecuencias con el propósito de evitar su acumulación en el caso de las privaciones de libertad, bajo el convencimiento de que las medidas, pese a los esfuerzos por dotarlas de un contenido educativo o rehabilitador conservaban el perfil aflictivo que en la versión original les imprimió STOOSS. Se establecieron normas de ejecución flexibles, que en nuestro Código penal de 1995 cristalizaron en un sistema vicarial, permitiendo en los casos de semiimputables conjugar pena y medida de seguridad privativas de libertad, ejecutando en primer término la medida y descontando el periodo de internamiento de la pena impuesta.

El punto de inflexión reside en la duración de las medidas, y, en particular, en la norma contenida en el artículo 6.2 CP donde se dispone que no pueden exceder de la pena aplicable al hecho delictivo. Como es sabido, en ningún caso se cuestiona la necesidad de fijarles límites temporales, desde la óptica del principio de proporcionalidad aplicable a todas las respuestas penales, en tanto suponen una restricción de derechos. El desacuerdo se produce al valorar si ese término debe coincidir con el de la pena, calculada con arreglo a la culpabilidad, siendo que en las medidas no es éste el fundamento. A renglón seguido surge el problema de encontrar otro

---

<sup>11</sup> Stooss concebía toda medida privativa de libertad como aseguradora («*sichernde*»), en el sentido de una seguridad a través de la mejora. En la doctrina alemana sería usual desde Exner diferenciar entre medidas de seguridad y de mejora. STRATENWERTH, *ZStrR*, (105), 1988, p. 106.

<sup>12</sup> FRISCH, *ZStW*, (102), 1990, pp. 346 y s.

parámetro legítimo para acotarlas, una vez se reconoce que el pronóstico de peligrosidad es excesivamente impreciso, al no poder determinarse de forma exacta con un método científico<sup>13</sup>. Atendiendo a este argumento, se pone la mirada en los delitos que cabe esperar del sujeto en el futuro, pero sin dejar de ponderar la gravedad de los ya realizados.

Pues bien, en el Proyecto de Reforma del Código Penal se introducen novedades sustanciales en la regulación de las medidas de seguridad, optando por un dualismo más acusado y una separación mayor entre penas y medidas. En ese nuevo sistema se prevé la posibilidad de prorrogar el internamiento en centro psiquiátrico o de educación especial durante el tiempo imprescindible, si existe un elevado riesgo de comisión de delitos graves. Es decir, ese ingreso podrá ser indefinido si se estima que el sujeto sigue siendo peligroso, lo que puede suponer que algunos enfermos mentales permanezcan en un centro psiquiátrico penitenciario durante toda su vida. Por otra parte, cuando se imponga una pena de prisión superior a cinco años y una medida de internamiento en centro de deshabitación, el Juez podrá acordar que se cumpla en primer lugar una parte de la pena y seguidamente la medida de seguridad, siguiendo como veremos el modelo alemán. Mediante esta inversión, en el fondo, se garantiza la ejecución de una parte de la pena, a modo de retribución y de satisfacción de las expectativas sociales de justicia.

Respecto al cambio crucial que supone establecer como límite del ingreso en centros educativos y psiquiátricos principalmente la peligrosidad del sujeto, empezaré el análisis abriendo una serie de interrogantes que me parecen gráficos en cuanto a la problemática que encierra la propuesta: ¿qué motivo puede justificar la sujeción *sine die* del sujeto que sufre una enfermedad mental al régimen penal en lugar de remitirlo al sistema público de salud? ¿Qué puede aconsejar la prolongación de ese internamiento punitivo una vez rebasado el tiempo de la pena?, y más aún ¿para permitir que ese periodo pueda durar de por vida?

---

<sup>13</sup> Existen varios modelos de pronóstico para predecir la peligrosidad. Los métodos actuariales o estadísticos, que estructuran todo un proceso de estimación de la peligrosidad. Interesa la probabilidad estadísticamente asociada a que, dada la presencia de un factor o suma de factores, ocurra determinado suceso. El método clínico, y dentro de él el no estructurado y el estructurado. El primero es realizado por expertos basándose en su conocimiento y experiencia personales, sin sujetarse a ningún protocolo o regla estricta, sino actuando con libertad en la valoración de los factores que estimen oportuno y en asignarle la relevancia que les parezca adecuada. A su vez, dentro de este método clínico no estructurado, se distinguen dos clases: la primera sería la forma de proceder puramente intuitiva, basando el juicio en una impresión subjetiva respecto al sujeto y la valoración se basa en la experiencia y conocimiento, pero sin efectuar un análisis detallado y exhaustivo de factores o elementos concretos. La segunda sería la valoración clínica no estructurada en sentido estricto. Aquí sí se efectúa un estudio detallado del sujeto, que puede incluir la administración de un test u otros instrumentos objetivos de evaluación, así como un repaso detallado de sus antecedentes vitales y delictivos, un estudio de su personalidad, etc., pero sin seguir un protocolo o regla estricta. Y los datos obtenidos son procesados sin atender a ningún estándar objetivo, sino sobre la base de la experiencia clínica del evaluador. Finalmente, los métodos clínicos estructurados, dejan más libertad al evaluador para estimar el concreto grado de peligrosidad del individuo, pero tratan de mejorar la fiabilidad y transparencia de un método clínico puro. De modo que contienen, como los instrumentos actuariales, listados de ítems (factores de riesgo) que son los que se han de valorar y también protocolizan la forma de recoger la información. Pero a diferencia de los actuariales, suelen recoger información no sólo sobre datos estadísticos inmodificables (número de delitos previamente cometidos, edad de comisión del primer delito, sexo, edad actual, etc.) sino también sobre ítems más complejos y además dinámicos (por ejemplo, competencias sociales, actitudes antisociales, si tiene empleo o no, etc.). Y, sobre todo, dejan en manos del experto la decisión final sobre la valoración del riesgo. MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de seguridad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, 2/2014, pp. 15 y ss. Sobre el predominio de los estudios estadísticos sobre los análisis psicológicos individuales, SILVA SÁNCHEZ, «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en ARROYO ZAPATERO et al., (eds.), *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*, 2001, p. 701 (cita 5).

Ya anticipo que, partiendo del presupuesto, unánimemente aceptado, de que las medidas de seguridad privativas de libertad han de estar delimitadas en el tiempo, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, considero preferible fijar ese término tomando como referencia la pena del delito cometido. Por una parte, porque es un canon más objetivo que el de la peligrosidad, puesto que se asienta en la gravedad de un hecho ya realizado, mientras ese pronóstico es un juicio confesadamente ambiguo. Por otra parte, no está de más añadir que el cese del internamiento como sanción penal no supone dejar en libertad a una persona potencialmente dañina, como algunos ciudadanos pueden pensar. Nuestra legislación prevé la obligación del Ministerio Fiscal de instar la incapacitación y, en su caso, el internamiento conforme a la legislación civil, de las personas declaradas exentas de responsabilidad penal por sufrir una anomalía o alteración psíquica o alteración en la percepción<sup>14</sup>. De suerte que tras su cese asumirían las competencias sobre el interno las autoridades sanitarias, a las que en principio no hay porqué presumir una menor profesionalidad para tratar la enfermedad que motiva la peligrosidad del sujeto.

## ***2. El debate en torno a los límites de las medidas de seguridad***

### **2.1. Postura del Tribunal Constitucional: la peligrosidad criminal**

La Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social -en adelante LPRS-<sup>15</sup>, preveía medidas de seguridad para los mayores de dieciséis en los que se apreciara un estado de "peligrosidad social" (vagos habituales, personas dedicadas a la prostitución, homosexuales, mendigos, ebrios habituales y toxicómanos, individuos que promuevan el tráfico de drogas o fomenten su consumo, etc.), así como para los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado, significaran un riesgo para la sociedad, y para los condenados por tres o más delitos, en quienes fuera presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de peligrosidad social<sup>16</sup>. Entre las medidas aplicables se encontraba el internamiento en distintos establecimientos, de custodia o trabajo, de reeducación, de preservación y el aislamiento curativo en casas de templanza. En los dos últimos, no se fijaba un tiempo máximo de duración, sino que el ingreso se prolongaría hasta la curación del interno o hasta el cese de su peligrosidad<sup>17</sup>.

Luego, las medidas de internamiento podían aplicarse a quien fuera considerado peligroso social, aun sin haber cometido un delito, y no siempre conllevaban un límite legal sino que en algunos casos su extinción se supeditaba al cese de la peligrosidad o a la sanación del sujeto, lo que, a la postre, implicaba autorizar el encierro definitivo de los enfermos incurables. Conviene precisar que la competencia para acordar estas medidas se atribuía a la jurisdicción penal<sup>18</sup> y que en caso de haber alguna pena pendiente de ejecución no susceptible de cumplimiento simultáneo con la medida, se ejecutaría con preferencia a ésta<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Disposición adicional 1ª de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

<sup>15</sup> Derogada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>16</sup> Artículos 1 a 4.

<sup>17</sup> Artículo 5.

<sup>18</sup> Artículo 8.

<sup>19</sup> Artículo 25.

La idea que subyacía en la ley era la de la “defensa social”, articulando medidas para quienes tuvieran un comportamiento contrario a la convivencia ordenada que revelara su “peligrosidad social”, estimándose altamente probable la realización de actos antisociales o delictivos. Esas medidas se concebían como una forma de tratamiento de carácter resocializador, lo que hacía que se regularan de forma autónoma y se permitiera acumularlas a las penas. Esto, unido a la dificultad de constatar los supuestos legales (vago habitual, ebrio, etc.) y a los consiguientes recelos en términos de seguridad jurídica, amén de la inexistencia de centros adecuados para ejecutar las medidas, hizo que los Tribunales de Peligrosidad y Rehabilitación Social fueran reacios a aplicarlas, salvo en algunos casos en que el sujeto había realizado hechos tipificados penalmente como delito<sup>20</sup>.

Sin embargo, contra las medidas de la ley se plantearon varios recursos de amparo. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en estos procesos desautorizaron esas medidas, aunque al no tratarse de cuestiones de inconstitucionalidad dicho órgano no se pronunció sobre la adecuación de los preceptos implicados a la norma fundamental. En todos los supuestos enjuiciados se habían impuesto medidas de la LPRS, por acciones sancionables conforme al Código penal (incluso en algún caso, se habían llegado a decretar ambas consecuencias, aunque todavía no se habían aplicado).

En la STC 159/1985, de 27 de noviembre, declaró vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, por habersele impuesto medidas de seguridad sin la debida prueba de cargo respecto a la actuación que las motivó<sup>21</sup>. En consecuencia, no entró a valorar la infracción alegada del principio *non bis in idem*, por haberse acordado, por un mismo hecho<sup>22</sup>, primero varias medidas<sup>23</sup> y en un proceso penal posterior una condena de prisión. Tampoco juzgó la relativa al artículo 25.1 CE, por decretarse medidas sin la previa existencia de un delito, falta o infracción administrativa. Para llegar al citado fallo, basado en la carencia de pruebas suficientes, el Tribunal tuvo en cuenta varios datos, entre ellos, que “*las medidas de seguridad se ejecutan, normalmente, mediante la reclusión de los a ellas sujetos en los mismos establecimientos en los que se cumplen las condenas de privación de libertad*”, “*anomalía..., difícilmente conciliable con lo dispuesto en el artículo 25.2 CE*”. “Es evidente, por tanto, que *la afirmación judicial de la autoría de unos tales hechos equivale a una declaración de culpabilidad*, realidad ésta que no puede quedar oscurecida por la peculiaridad del procedimiento que se considera, procedimiento no ciertamente criminal, pero

---

<sup>20</sup> Diario El País, 26 de marzo de 1984. Ampliamente, MORENILLA RODRÍGUEZ, «La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXX, 1977, pp. 5 y ss.

<sup>21</sup> Señalaban Morales Prats y García Albero que incluso aunque se hubieran impuesto las medidas con una actividad probatoria suficiente, se habría lesionado la faceta del principio *non bis in idem* relativa a la interdicción de que unos mismos hechos puedan existir y dejar de existir para los mismos órganos del estado. MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad: ¿Réquiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?», *Diario La Ley*, t. I, 1991, p. 1148. Para Vives Antón lo que en realidad se vulneraba era el derecho a un Juez ordinario predefinido por la ley, no porque los Jueces de Peligrosidad y Rehabilitación Social no tuvieran tal carácter, sino porque habían actuado rebasando sus competencias. VIVES ANTÓN, «Constitución y medidas de seguridad», *Revista del Poder Judicial*, (3), 1986, p. 93.

<sup>22</sup> “En el resultando de hechos probados consta «que el expedientado L.F.H. fue detenido por la Policía judicial en el aeropuerto de Son San Juan el día 3 de diciembre de 1981, cuando, valiéndose de M.D., pretendía introducir en esta isla, camuflados en un cuadro, 200 gramos de cocaína»” (F.J.2).

<sup>23</sup> En concreto, la de internamiento en centro de trabajo y la prohibición de residir legalmente en determinado lugar.

que concluye con una decisión que priva al declarado culpable de su libertad y del derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional y que *sólo formalmente se distingue de la pura y simple condena penal*" (F.J.2)<sup>24</sup>.

El Tribunal manifestaba que la ejecución de las medidas de internamiento en un establecimiento penitenciario es contraria al artículo 25.2 CE. Además, dado que las medidas de seguridad materialmente son condenas penales<sup>25</sup>, han de imponerse con todas las garantías, entre ellas la existencia de pruebas de cargo, porque lo contrario supondría, como indicaba VIVES ANTÓN, permitir que la Constitución pueda quedar burlada mediante un simple «fraude de etiquetas»<sup>26</sup>. Posteriormente, en la STC 23/1986, de 14 de febrero, manifestó expresamente que "la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado *no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal*, y por otro lado, *no es posible sin quebrantar el principio non bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad»*"(F.J.1º)<sup>27</sup>.

Por lo tanto, el Tribunal subrayaba la naturaleza de castigo de las medidas de seguridad y de esta consideración extraía dos consecuencias fundamentales. Por una parte, que la previsión conjunta de medidas (en la LPRS) y penas (en el Código penal) para un mismo hecho delictivo conculcaba la regla del *non bis in idem*. Su acumulación supondría un auténtico "fraude de etiquetas". Esta declaración afectaba, pues, a un grupo de los estados peligrosos y a las correspondientes medidas (conductas relacionadas con el tráfico de drogas, la pornografía, etc.). En cambio, la segunda conclusión alcanzaba a todas ellas. Las medidas de seguridad, por su calidad de castigo, sólo podían aplicarse al declarado culpable de un ilícito penal. Como señalaba MUÑOZ CONDE, con esta resolución quedaban desterradas las medidas pre-delictuales contenidas en la LPRS<sup>28</sup>. Para decretarlas no bastaba cualquier estado peligroso, sino que era necesario un comportamiento criminal, lo que a la sazón comportaba siempre una respuesta punitiva. Por este camino se llegaba a la invalidación tanto de las medidas previstas en la LPRS para actos delictivos susceptibles de condena penal, por imponerle la prohibición de *bis in idem*, como las demás

---

<sup>24</sup> La cursiva es añadida.

<sup>25</sup> Como señala Feijoo Sánchez, en un Estado de Derecho las garantías se encuentran especialmente vinculadas a la entidad de la restricción de los derechos, por lo que una medida de internamiento o de privación de libertad debe disponer de las máximas garantías con independencia de que se califique como una medida perteneciente o no al Derecho penal. Desde un punto de vista estricto de garantías formales o libertades individuales lo importante es materialmente la restricción de derechos que implica una resolución judicial, sobre todo en los casos de privación de libertad, aunque esa privación no se encuentre ligada a un reproche o no tenga un contenido aflictivo sino una finalidad curativa, de tratamiento o educadora. FEIJOO SÁNCHEZ, «Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000», *Revista de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, pp. 15 y 16.

<sup>26</sup> VIVES ANTÓN, *Revista del Poder Judicial*, (3), 1986, p. 2.

<sup>27</sup> Esta postura se reitera en las SSTC 21/1987, de 19 de febrero (F.J.1) y 131/1987, de 20 de julio (F.J.5).

<sup>28</sup> MUÑOZ CONDE, «Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (24), 1996, p. 304.

asociadas a otros estados de “peligrosidad social”, distintos a la realización de una actuación punible<sup>29</sup>.

No obstante, es necesario situarse en el contexto concreto en que se dictó esta resolución, para no extraer conclusiones erróneas, que impliquen la imposibilidad absoluta de conjugar penas y medidas. En este supuesto, se le había impuesto al recurrente una medida de seguridad privativa de libertad (conforme a la LPRS)<sup>30</sup> por una acción susceptible de ser sancionada en un proceso penal posterior con una pena<sup>31</sup>. Por lo tanto, cuando el Tribunal declara la prohibición de aplicar dos castigos sobre un mismo hecho, aunque sea bajo denominaciones distintas, se refiere a la superposición de una medida de esa ley, hoy derogada, junto a otra sanción prevista en el Código penal<sup>32</sup>. Lógicamente, ello no supone vedar completamente la adopción a la vez de una pena más una medida, como prevé nuestro Derecho para los semiimputables (art.95.2 CP), permitiendo la aplicación simultánea de una pena y una medida del artículo 96.3 CP, o la ejecución de una medida de internamiento abonándola de la pena privativa de libertad. En cambio, en este último caso no cabe sumar el tiempo de cumplimiento de ambas, porque se rebasaría el tiempo de la pena correspondiente al delito, transgrediéndose el principio de proporcionalidad y el de *non bis in ídem*.

Pero, junto a las reguladas en la LPRS, el Código penal preveía medidas de internamiento para los inimputables y semiimputables, con carácter indefinido en el primer caso, al igual que para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años<sup>33</sup>. Pues bien, esta regulación fue avalada

<sup>29</sup> Pese a la subsistencia formal de los preceptos de la LPRS afectados por las declaraciones del Tribunal Constitucional, cuando un Juez se viera obligado a aplicar una medida predelictual, estaría obligado en virtud del artículo 163 CE, a plantear cuestión de inconstitucionalidad. MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Diario La Ley*, t. I, 1991, p. 1144.

<sup>30</sup> Al recurrente se le impusieron, entre otras, las medidas de internamiento en centro de trabajo y la sumisión a vigilancia, para su cumplimiento sucesivo.

<sup>31</sup> La declaración de estado de peligrosidad social, por parte del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social, se basó en los siguientes hechos: «Que el expedientado J.G.B..., ha participado activamente como transportista y en operaciones de carga y descarga de grandes cantidades de hachís, siendo miembro integrante en este concepto de una organización dedicada al tráfico de dicha sustancia, colaborando en ella al menos en los meses de abril y septiembre de 1982, y efectuando además por cuenta de la organización desplazamientos a la ciudad de Melilla con la finalidad de concertar operaciones de tráfico de hachís».

<sup>32</sup> Como señala Vives Antón, la coacción estatal, a tenor del artículo 25.1 de la Constitución, sólo se justifica por el hecho cometido. De modo que si la pena expresa, como sucede en el caso de autos, la total reprobación del hecho por parte del ordenamiento jurídico, no se puede además imponer una medida de seguridad. Dicho de otro modo: puesto que la probable delincuencia futura (peligrosidad) no puede constitucionalmente justificar por sí misma ninguna clase de intervención coactiva por parte del Estado, porque lo impide el artículo 25.1 de la Constitución, la medida de seguridad sobreañadida a la pena viene a castigar nuevamente el hecho, constituyendo un ilegítimo *bis in ídem*. VIVES ANTÓN, *Revista del Poder Judicial*, (3), 1986, p. 5.

<sup>33</sup> Artículo 8. Están exentos de responsabilidad criminal:

1. El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir.

Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal.

3. El que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad.

Cuando estas personas hayan cometido un hecho que la ley sancionare como delito, se les aplica la medida de internamiento en un Centro educativo especial, durante el tiempo necesario para su educación, del cual no podrá salir sin autorización del Tribunal.

Artículo 65: Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la

por el Tribunal Constitucional, en la STC 112/1988, de 8 de junio, en lo que hace al internamiento de los enajenados (art. 8.1 CP derogado), declarando que “no es, en principio, contrario al derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 CE”. Pero, precisaba que era obligado, en aras a este derecho fundamental “-que obliga a interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de libertad- el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad” (F.J.3).

Esta argumentación hacía aguas, desde el prisma de la seguridad jurídica y la proporcionalidad, en tanto se autorizaba la prolongación de una sanción penal ilimitadamente, mientras durase la enfermedad o la peligrosidad, con independencia de la gravedad del delito cometido. Como apuntaba, SILVA SÁNCHEZ en tono crítico, se justificaba el mantenimiento de la medida al sujeto incorregible que, sin embargo, ha cometido un hecho de gravedad limitada y muestra una peligrosidad reducida a la reincidencia en ese hecho (así, por ejemplo, la comisión de hurtos)<sup>34</sup>.

En la STC 24/1993, de 21 de enero, el Tribunal se volvió a pronunciar sobre la medida de internamiento de los enajenados (art. 8.1 CP derogado), cuya constitucionalidad se cuestionaba porque podía ser de mayor gravedad y duración que la pena que se habría impuesto si el condenado fuese imputable, quebrantando los principios de seguridad jurídica, presunción de inocencia e igualdad (arts. 17, 24 y 25 CE). El Tribunal declaró que “*dichas medidas -las del artículo 8.1- no suponen una reacción frente a la culpabilidad sino frente a la peligrosidad de quien ha cometido una acción considerada delictiva. Su adopción no tiene como finalidad la sanción del hecho realizado, pues se considera que si el enajenado no puede quedar sometido al juicio de culpabilidad tampoco puede experimentar un castigo por las acciones que lleve a cabo, sino principalmente la de prevención de la peligrosidad inherente a la enajenación mental apreciada -sin olvidar su eventual curación-*” (F.J.2º). De acuerdo con esta argumentación, se podría concluir que desde el punto de vista de las normas aducidas, basta que las medidas de seguridad se adecúen a la peligrosidad del sujeto<sup>35</sup>.

En estas resoluciones el Tribunal Constitucional fijaba presupuestos básicos para la constitucionalidad de las medidas de seguridad. Por una parte, su consideración de condena penal implementaba condicionantes sumamente positivos para la futura elaboración del Código penal de 1995. Quedaban abolidas las medidas pre-delictuales y serían consecuencias aplicables únicamente por la realización de un hecho delictivo, declarado en un proceso penal revestido de las garantías preceptivas. Además, habría de arbitrarse un sistema que impidiera añadir a la pena que cubra totalmente el desvalor de la conducta una medida de seguridad, castigando dos veces idéntico hecho. El principio de *ne bis in idem* se respetaría a través del sistema vicarial. Ahora bien, para el Tribunal constitucional bastaba para preservar el derecho fundamental a la libertad, con garantizar la extinción de la medida cuando cesara la peligrosidad, justificando el internamiento de los inimputables hasta su curación o hasta el cese de ese peligro, en el fin particular de esta reacción. Desestimaba otros límites procedentes de la gravedad del delito cometido. A mi modo de ver, esta postura era respetuosa con la razón de ser de las medidas,

---

pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable.

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, «La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 22.

<sup>35</sup> La cursiva es añadida.

como razonaba el Tribunal, pero no se correspondía con la esencia de castigo penal, que él mismo destacaba. Los confines que determinan la proporcionalidad de las sanciones punitivas han de ser precisos, en aras a la seguridad jurídica y la legalidad y tomar como premisa primordial el valor superior de la libertad. Pero, ambos pilares flaquean si se adopta la peligrosidad como módulo único de medición, habida cuenta de la ausencia en el momento presente de métodos suficientemente fiables para efectuar ese pronóstico.

Si, como resalta el Tribunal Constitucional, las medidas de internamiento se cumplieran, y así sigue siendo, en las propias prisiones, es necesario ser sumamente rigurosos al decidir su duración máxima. Por eso, como vamos a ver, me parece preferible tomar en consideración también la gravedad del delito cometido. Si partimos del cometido de tutela y de la finalidad preventiva que incumbe al Derecho penal, por mucho que en algunos casos el medio idóneo para ello sea el tratamiento del infractor, parece procedente desarrollar las medidas en función del delito cometido por el sujeto y remitirlo después, si se estima necesario, a los tratamientos ordinarios previstos para quienes padecen una enfermedad, adicción o alteración, que no se ha traducido en un comportamiento delictivo. Por este cauce se consigue establecer una intervención penal lo más próxima posible, al menos en cuanto a gravedad y duración, entre las personas con imputabilidad plena, anulada o disminuida.

## 2.2. El punto de inflexión: la pena como criterio de medición

### a) La fragilidad del pronóstico de peligrosidad

El Código penal actual, huyendo de las acusadas lacras de la legislación anterior, y haciéndose eco de algunas premisas fijadas por el Tribunal Constitucional, ha consagrado un garantismo extremo que lleva a ajustar las medidas de seguridad a la gravedad y duración de las penas, subordinado su proporcionalidad al delito cometido. El papel limitador de la peligrosidad queda relegado a un criterio adicional que obliga a anticipar la conclusión de la medida si antes de cumplirse aquel término cesara el riesgo de reiteración delictiva, amén de un módulo para valorar la sustitución de la medida inicial o su suspensión. El artículo 6 CP dispone: *1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se imponga, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.*

Esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 95 CP<sup>36</sup>, en cuyo número 1 se precisa que para aplicar las medidas de seguridad es necesaria la comisión previa de un hecho previsto como delito y un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de realización

<sup>36</sup> Artículo 95: 1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurran estas circunstancias:

1<sup>a</sup>) Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2<sup>a</sup>) Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 96.3.

de nuevos delitos. El número 2 determina: “Cuando la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3” -no privativas de libertad-.

Estas disposiciones han generado opiniones de signo opuesto. Como premisa común se observa que, en buena lógica, el régimen de las medidas de seguridad habría de definirse en función de la peligrosidad criminal del sujeto, puesto que es este riesgo de comisión de delitos futuros lo que motiva su aplicación<sup>37</sup>. La consecuencia natural del delito es la pena, proporcionada al desvalor de la conducta y a la culpabilidad del sujeto. Por consiguiente, nadie pone en tela de juicio que ambas sanciones respondan a fundamentos distintos.

Pese a ello, la opción del legislador de no permitir medidas de mayor extensión ni más onerosas que la pena ha sido respaldada por una parte de la doctrina. Esta postura, desde luego presenta sombras, desde el momento en que se introducen límites ajenos a la peligrosidad. Sin embargo, me parece preferible a concretarlas de acuerdo con la probabilidad estimada de recaída en el delito, sobre todo porque su extinción, llegado aquel momento, no supone renunciar al tratamiento requerido por el sujeto, puesto que podrá continuarse en la sanidad civil. En cambio, la pena prevista para el concreto delito proporciona un criterio más objetivo y preciso, y más conforme, por tanto, a los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad, además de lograr una mayor similitud entre la respuesta recibida por el infractor imputable y por el inimputable ante un mismo hecho delictivo.

En efecto, el punto de partida para adoptar esta tesis acorde con la regulación actual, es el carácter sancionador de las medidas de seguridad<sup>38</sup>. Como dice el Tribunal Constitucional, son un castigo, una privación o restricción de derechos, aunque su aplicación pueda reportar beneficios al sujeto, efectos que no dejan de ser producto de una intervención coactiva. Si esto es

---

<sup>37</sup> GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 638; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 127 y s.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, pp. 369 y s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Las medidas de seguridad con arreglo al Código penal: carácter, presupuestos y límites», en *Revista del Poder Judicial*, (60), 2000, p. 8; y, SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables», en VV.AA., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. II, 1997, pp. 789 y ss.

<sup>38</sup> Señalan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN que “las medidas de seguridad no pueden presentarse como «benefactoras», dirigidas a «curar» al peligroso, porque con este discurso se legitiman medidas desmesuradas e ilimitadas, con el que se llega al denominado «fraude de etiquetas», es decir, tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en las medidas de seguridad, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos. Las medidas son un instrumento de control social más, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el estado, por lo que deben tratarse como las penas desde el punto de vista de las garantías”. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 587 y s. Véase también, ALONSO RIMO, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXIX, 2009, p. 117; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2004, p. 504; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 1999, p. 993; CUERDA ARNAU, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», en VV. AA., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. I, 1997, p. 474 (cita 109); GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 640; MUÑOZ CONDE, «Monismo y dualismo en el Derecho penal español», en *Estudios Penales y Criminológicos*, (4), 1983, p. 224; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2002, p. 163; y, VIVES ANTÓN, *Revista del Poder Judicial*, (3), 1986, p. 2.

así, se debe asegurar su proporcionalidad, garantizando que la restricción de derechos y, en particular, de la libertad como valor supremo, se reduzca al tiempo imprescindible para conseguir el fin legítimo que las justifica<sup>39</sup>. Lo que, en las medidas privativas de libertad, se traduce en la liberación del sujeto en cuanto el internamiento deje de ser necesario por razones de prevención especial. Y aquí reside el motivo central para cuestionar que la peligrosidad sea un criterio idóneo para concretar esta consecuencia jurídico-penal. Pues, como se ha reiterado, no contamos con métodos de predicción de ese riesgo que permitan calcularlo con el rigor que exige una resolución que puede comportar una privación libertad. De suerte, que la medida adoptada podría conllevar una restricción innecesaria de derechos, o prorrogarse por más tiempo del imprescindible, si se yerra en ese pronóstico y se aprecia en la persona evaluada un peligro superior al real.

De esta forma, el argumento decisivo que ha llevado a un sector de opinión a tomar partido por esta solución es esa desconfianza hacia los pronósticos de peligrosidad. En este sentido, se ha insistido en la doctrina en la ausencia de técnicas que permitan calibrar de forma suficientemente fiable las posibilidades de que una persona delinca<sup>40</sup>.

Además, conviene recordar que, a diferencia de otros sistemas<sup>41</sup>, en el proceso penal español normalmente no se manejan informes periciales, a excepción de los dictámenes médicos, de

---

<sup>39</sup> Sánchez Lázaro argumenta que el fundamento de la medida -básicamente, razones de libertad- se va debilitando de una forma progresiva, a medida que se aprecia una mayor capacidad de culpabilidad en el concreto sujeto, tornando tales razones a costes a ponderar en contra de la imposición de la concreta medida de seguridad. SÁNCHEZ LÁZARO, «Deconstruyendo las medidas de seguridad», *InDret*, 2/2010, pp. 15 y ss.

<sup>40</sup> Existe un reconocimiento generalizado de que no disponemos de conocimientos empíricos suficientes para garantizar que el pronóstico de comisión de futuros delitos por parte de un sujeto concreto se realice con el suficiente grado de certeza. Ampliamente, MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 57 y ss. Como señalan Hassemmer y Muñoz Conde, "la determinación de la peligrosidad del sujeto, es decir, la posibilidad de que cometa un delito en el futuro, es muchas veces una especie de «acertijo» sobre el destino de un individuo, que no siempre se cumple; que se cumpla o no dependerá más de factores exógenos con los que tendrá que enfrentarse el sujeto una vez sale en libertad, que de su personalidad o de otros factores que hayan podido ser tenidos en cuenta en el momento en que se le impone la medida. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, 2012, p. 196. Robles Planas añade otro argumento relacionado con el valor ético-expresivo de la sanción penal. "Resulta ajena a la propia esencia del sistema de justicia penal el emitir sentencias condenatorias a un largo o indeterminado periodo de tiempo de privación de libertad sobre la base de *pronósticos sobre la conducta futura del autor*. Ello no es casual. El Derecho penal 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". ROBLES PLANAS, «"Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret*, 4/2007, p. 16.

<sup>41</sup> En Inglaterra, el *probation officer* aporta al proceso penal informes acerca de los antecedentes, personalidad y características del acusado. Pese a ello, en los últimos años se ha restado importancia a la peligrosidad del sujeto como factor determinante de la resolución penal. Tradicionalmente la duración de las penas de prisión se ha basado en el riesgo apreciado en el delincuente de comisión de nuevos delitos graves, de modo que una vez cumplido el periodo mínimo fijado por el Juez (*tariff*) ha sido ése el criterio que ha determinado la continuación o no del interno en el centro penitenciario. La importancia de la peligrosidad del autor fue clave en las derogadas «Sentencias indeterminadas de prisión para la protección pública» (*Indeterminate sentence of imprisonment for public protection*, -IPP-) y en las «Sentencias extendidas de prisión para la protección pública» (*Extended sentence of imprisonment for public protection* -EPP-). Sin embargo, en la última década se han aprobado dos leyes de reforma esenciales en este tema (la «*Criminal Justice and Immigration Act 2008*» y la «*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*»), que han reducido la relevancia de la peligrosidad del sujeto como baremo decisivo de la duración de la pena de prisión. De manera que, aunque actualmente sigue siendo un elemento fundamental para resolver la excarcelación del condenado, especialmente en la cadena perpetua, sin embargo, la duración de las distintas categorías de prisión se ha centrado en criterios más objetivos relacionados con la gravedad del delito cometido. A ello ha contribuido la influencia de un sector de opinión cada vez mayor que cuestionaba la

manera que cuando no se plantean circunstancias de esta índole la valoración de la peligrosidad se basa en la hoja de antecedentes penales y, como afirma VIVES ANTÓN, en la intuición del Juez<sup>42</sup>. Como es obvio, la consecuencia de supeditar la adopción de las medidas a ese pronóstico tiene una mayor trascendencia en los casos de internamiento, en tanto se hace depender una decisión vital que afecta a la libertad de un juicio incierto como es la peligrosidad y cuya operatividad práctica suscita algunos interrogantes ¿Cómo se puede saber si la persona que cometió el delito por su adicción a las drogas no recaerá en el consumo al dejar el centro de deshabituación? ¿Cuánto tiempo ha de transcurrir sin usarlas para considerar que no es probable ese nuevo ciclo? Y en el caso de quien padece una alteración psíquica, ¿es posible prever si abandonará el tratamiento? A primera vista la solución a estas preguntas no parece revestir excesivas dificultades, pues es evidente que el juzgador se regirá por los informes médicos al resolver tales cuestiones. Ahora bien, conviene no perder de vista que muchas medidas de internamiento se cumplen en centros situados en los propios establecimientos penitenciarios, pese a los reparos que ya hace varias décadas apuntó el Tribunal Constitucional. En este contexto y teniendo en cuenta que se trata de un sujeto que ha cometido un delito, es muy probable que la decisión en cuanto a la salida no se adopte con la misma determinación que en otros supuestos. Por otra parte, está el acusado afán de los poderes públicos por apaciguar la inquietud de los ciudadanos ante el fenómeno de la delincuencia, exacerbado por los medios de comunicación, hasta el extremo, como dice DÍEZ RIPOLLÉS, de privar cada vez más de discrecionalidad a los expertos, al anteponer las demandas populares<sup>43</sup>. En esa dinámica tienden también a magnificarse los errores producidos en el sistema penal y penitenciario. Ante esta situación, no es de extrañar que el temor a la alarma social que podría provocar la salida de prisión de algunos delincuentes y el relativo riesgo que supone, lleve a posponer la decisión de su libertad más allá de lo indispensable.

Con todo y con ello, esas prognosis no son las que más prejuicios despiertan, desde el momento en que van ligadas a la evolución de una enfermedad mental, una alteración psíquica o una adicción, y, por consiguiente, su evaluación compete a especialistas. En este caso, la causa fundamental por la que considero necesarias las reglas del artículo 6 CP, es porque atendiendo sólo a la peligrosidad, cuando la dolencia sea incurable se perpetuaría la privación de libertad, como consecuencia penal, y posiblemente la permanencia en las propias instalaciones penitenciarias. Teniendo en cuenta que esas personas han cometido el delito debido a su incapacidad, merecen ser tratadas fuera de este ámbito, al menos cuando transcurra el tiempo que cumpliría el responsable penal.

---

posibilidad de evaluar la peligrosidad de un modo suficientemente fiable y los reparos expresados frente a los instrumentos de medición del riesgo. Extensamente, CAIRNS, «The legal aid, sentencing and punishment of offenders Act 2012: the significant changes», *Probation Journal*, (60-2), 2013, p. 181; KEMSHALL, «Risk, public protection and justice», en WARD/SCOTT/LACEY, *Probation: working for justice*, 2002, pp. 95 y ss.; y, PAIFIELD, *Beyond the tariff. Human rights and the release of life sentence prisoners*, 2002, pp. 1 y ss.

<sup>42</sup> VIVES ANTÓN, «Métodos de determinación de la peligrosidad», *Colección de Estudios*, (2), 1974, p. 413.

<sup>43</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, «La nueva política criminal española», *Eguzkilore*, (17), 2003, pp. 65 y ss. Sobre este fenómeno de predominio de la seguridad y su efecto en las garantías penales, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, «Seguridad ciudadana y seguridad jurídica», en PÉREZ ÁLVAREZ et al. (eds.), «*Universitas vitae*». Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, 2007, pp. 93 y ss.; CANCIO MELIÁ, «¿"Derecho penal" del enemigo?», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2006, pp. 57 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 304 y ss.; y, EL MISMO, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, 1999, pp. 20 y ss.; y, TERRADILLOS BASOCO, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal», *Pena y Estado*, (1), 1991, pp. 10 y ss.

Más problemática me parece la evaluación de la peligrosidad en los casos de sujetos imputables, a fin de someterlos a la medida de libertad vigilada, puesto que no hay una enfermedad o adicción evaluable en términos clínicos. Además, basta ver los delitos para los que se prevé como medida subsiguiente a la prisión (terrorismo e ilícitos sexuales), para advertir el riesgo que antes indicaba de que la opinión pública pueda influir en la resolución judicial de acordarla o mantenerla. Pese a todo, en el Proyecto de reforma se amplía notablemente el abanico de delitos en los que se puede imponer, y, además, se establece su aplicación como regla general a continuación de algunas medidas privativas de libertad.

Por otra parte, mediante la asunción de esos criterios de proporcionalidad que no son propios de las medidas de seguridad sino de la pena, se evita que el inimputable reciba un trato peor en términos punitivos que quien conserva íntegra su capacidad de culpabilidad, habida cuenta de la restricción de derechos que las medidas comportan<sup>44</sup>.

En definitiva, se pretende que todas las consecuencias penales se sometan a iguales garantías, impidiendo que al abrigo de una distinción puramente formal se cercenen los derechos del procesado con sanciones más extensas y/o gravosas que las penas, o sea, el ya consagrado como "fraude de etiquetas"<sup>45</sup>.

Pero todavía hay otro motivo sólido que me lleva a rechazar la regulación de las medidas sobre la base de la peligrosidad únicamente. Se trata de la posibilidad de privar penalmente de libertad a una persona durante toda su vida<sup>46</sup>, si su padecimiento no tiene cura, por cualquier delito castigado con pena privativa de libertad, un hurto, por ejemplo. Incluso veremos que en el Proyecto de reforma no se exige que el hecho realizado lleve anudada una pena de esa clase para aplicar el internamiento. Esta visión de un enfermo en un centro penitenciario, aunque sea en una dependencia psiquiátrica, me parece totalmente deplorable.

En este punto comparto en parte las consideraciones de STRATENWERTH/KUHLEN. Estos autores al tratar de la legitimación de las medidas reconocen como punto de partida el objetivo de prevención especial: deben esperarse ulteriores infracciones penales del autor, sirviendo esas reacciones para contrarrestar dicho riesgo. Sin embargo, señalan que esto no basta para justificar ciertos ataques al derecho a la libertad. Parece inadmisibles encarcelar de por vida a los muchos delincuentes reincidentes en delitos contra la propiedad, para evitar que cometan otros actos delictivos, y esto rige con independencia de que la privación de libertad se declare como pena o como medida<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2004, p. 504; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 131 y 149; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, pp. 369 y s.; y, VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, v. I, 1996, p. 63.

<sup>45</sup> MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 361; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2002, pp. 163 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Estudios Penales y Criminológicos*, (4), 1983, p. 227; y, SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, v. I, 1996, p. 555.

<sup>46</sup> Admite esta posibilidad, cuando sea necesario, SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 43 y s.

<sup>47</sup> STRATENWERTH/KULEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., 2004, pp. 18 y ss.

De todos modos, su postura quiebra por cuanto admiten medidas de internamiento que excedan de la pena adecuada a la culpabilidad, e incluso indefinidas, cuando lo requiere la protección social. A su juicio, es necesario poner en una balanza el peligro que supone el autor para la sociedad y el respeto que merecen sus derechos personalísimos, y sólo si el interés público protegido es de mayor gravedad puede fundarse una injerencia en esos derechos, a modo de legítima defensa necesaria<sup>48</sup>. Conforme a esta tesis, excluyen el internamiento cuando los delitos que se esperan del sujeto no afecten a bienes esenciales sino, como apuntan, a otros menores como el patrimonio. Sin embargo, admiten medidas más duraderas que la pena e incluso perpetuas, si el riesgo de infracciones graves lo requiere. En este sentido cabe reiterar que, como apunta un sector de la doctrina alemana, en la valoración del peligro no interviene un método científico, lo que hace que el riesgo de fallo sea elevado<sup>49</sup>. No obstante, hay que advertir que estos autores parten de la formulación del principio de proporcionalidad contenido en el § 62 StGB, que luego veremos, introduciendo una lectura restrictiva.

En suma, pues, como antes apuntaba, me parece más razonable, partiendo de la naturaleza punitiva de las medidas, sujetarlas al límite temporal de la pena y una vez finalizado este término continuar el tratamiento en la sanidad civil, si se considera pertinente. Así lo prevé la Disposición adicional 1ª del Código penal, encargando al Ministerio Fiscal que efectúe los oportunos trámites. Sin embargo, como he dicho, las razones apuntadas no son suficientes a juicio de un grupo significativo de autores para extrapolar los criterios de proporcionalidad de las penas a las medidas, porque se comparan magnitudes con fundamento, contenido y fines distintos. Desde este prisma, las medidas de seguridad deben ser proporcionadas a la peligrosidad del sujeto y a la gravedad de los delitos que cabe esperar cometa en el futuro, constituyendo el hecho realizado un indicio de ese peligro<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> STRATENWERTH/KULEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., 2004, pp. 18 y ss. En este sentido, Roxin justifica la posibilidad de imponer medidas que superen la pena adecuada a la culpabilidad recurriendo a la idea de "ponderación de bienes". Según esto puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 1997, p. 105.

<sup>49</sup> SCHÖCH, Previos §§ 61 y ss., *Satzger/Schmitt/Widmaier StGB Kommentar*, 1ª ed., 2009, p. 547; STRATENWERTH/KULEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., 2004, pp. 18 y ss.; y, STRATENWERTH, *ZStrR*, (105), 1988, pp. 105 y 106.

<sup>50</sup> En esta dirección, Jorge Barreiro mantiene respecto al juicio de proporcionalidad, que "una adecuada formulación de este principio, ha de tener en cuenta tres factores: 1. La gravedad del delito cometido por el autor. 2. La relevancia de los delitos que se espera -con probabilidad- cometa el sujeto en el futuro. 3. El grado de peligro que representa el sujeto. La gravedad de la medida de seguridad ha de ser ajustada a la especial relevancia de los elementos que configuran el principio de proporcionalidad, debiéndose formular una valoración global sobre los elementos que integran este principio y en la que será el más importante la peligrosidad. JORGE BARREIRO, «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 (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 576 y s. En igual dirección, CEREZO MIR, «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995», *Diario La Ley*, t. III, 1996, p. 389; EL MISMO, *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 6ª ed., 2004, pp. 43 y s.; EL MISMO, «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incriminar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», *Revista Penal*, (22), 2008, p. 19; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «El enajenado y su tratamiento jurídico-penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, 1988, pp. 495 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, «Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000», *Revista de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, pp. 37 y s.; GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 460 y s.; JORGE BARREIRO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, pp. 185 y ss.; JORGE BARREIRO/BACIGALUPO SAGGESE, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2012, pp. 325 y s.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de

Ahora bien, incluso entre quienes mantienen esta posición se ha sugerido la conveniencia de fijar límites temporales a las medidas, distintos a ese riesgo de comportamientos criminales. En este sentido se ha propuesto acotarlas a *lo que suele durar el tratamiento*<sup>51</sup>, establecerlos *de acuerdo con la finalidad de cada medida de seguridad*<sup>52</sup>, o del *tipo de medida*<sup>53</sup>, etc. De esta forma, se defiende que las medidas de seguridad se deben aplicar siguiendo aquel pronóstico, pero a renglón seguido se reconoce que este criterio no es suficientemente preciso, debiendo jalonarse con otros. En definitiva, se pone en tela de juicio el principio de seguridad jurídica y como alternativa se apuntan reglas que no guardan relación con el fundamento de las medidas, sumando, además, respecto a la regulación actual, el inconveniente de la imprecisión. ¿Cuánto suele durar el tratamiento de una persona con una alteración mental? ¿Y si esa patología se suma a un consumo de sustancias tóxicas? Basta echar un vistazo a las resoluciones judiciales para comprobar que en este campo el abanico de supuestos es inmenso. Por otro lado, cabe plantearse si ese término lo debería fijar el legislador, unificando la disparidad de hipótesis, o si habría de ser el Tribunal sentenciador, con los escasos elementos de juicio de que dispone en la fase previa a la terapia, o el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En definitiva, pues, me parecen más rigurosos los módulos previstos hoy en el artículo 6.2 CP, en tanto evitan reacciones desproporcionadas y aportan seguridad jurídica, amén de armonizar las sanciones aplicables a personas imputables e inimputables.

### b) Precisión de los límites temporales

Como es sabido, la determinación de la pena que ha de servir de límite a la medida de seguridad es, quizá, la cuestión más espinosa de la regulación de esta consecuencia. Junto a esa disposición genérica, existen normas particulares para las medidas privativas de libertad. Los artículos 101, 102 y 103 CP se refieren a los sujetos declarados exentos de responsabilidad en virtud de los

---

seguridad y Derecho sancionador», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 587 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 43; RUBIO LARA, *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y soluciones*, 2011, pp. 45 y ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», *Revista Penal*, (17), 2006, pp. 147 y ss.; SANZ MORÁN, «Sobre la justificación de las medidas de seguridad de corrección y de seguridad», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 978 y s.; y, EL MISMO, «Medidas de seguridad y de corrección en el Código penal», *Revista de Derecho Penal*, (1), 2000, p. 39 (cita 13); y, SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 31 y s. Véase, también, en su crítica al Anteproyecto de reforma del Código penal, GIMBERNAT ORDEIG, «La insostenible gravedad del Código penal», en EL MISMO, *Estado de Derecho y ley penal*, 2009, p. 215.

<sup>51</sup> CEREZO MIR, *Diario La Ley*, t. III, 1996, p. 389; y, GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 460 y s.

<sup>52</sup> JORGE BARREIRO, «Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 578.

<sup>53</sup> Lascuraín Sánchez señala que el principio de proporcionalidad exige que las medidas no excedan el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, no que no puedan ser más gravosas ni de mayor duración. Esta regla encuentra su razón de ser no en el principio de proporcionalidad sino en la seguridad jurídica. Desde este punto de vista cualquier límite satisface sus exigencias. Desde el principio de proporcionalidad no es adecuado que tal límite se fije en atención a las penas. Es adecuado vincularla al tipo de medida y a la peligrosidad objetivamente constatada. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho sancionador», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 598 y ss. Ampliamente sobre las propuestas relativas a la fijación de límites temporales, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, 1988, pp. 493 y ss.

números 1, 2 y 3 del artículo 20 CP, estableciendo que el internamiento en un establecimiento adecuado a la anomalía o alteración psíquica, en centro de deshabitación o en uno educativo especial, respectivamente, “no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto”, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

Por su parte, el artículo 104 determina que en los supuestos de eximente incompleta por las mismas causas enumeradas en los tres preceptos anteriores, “la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito”.

En general, pues, las medidas de seguridad no pueden ser más gravosas ni de mayor duración que la pena abstracta prevista para el delito cometido<sup>54</sup>, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. Pero, para las de internamiento en cualquiera de los tres centros enumerados, se prevén límites temporales específicos, que difieren a su vez según se aprecie una eximente completa o incompleta. En este último caso, en principio, parece claro que ese término lo constituye la pena abstracta señalada en la ley para el delito cometido (*pena prevista en el Código para el delito*), manteniendo el criterio del artículo 6.2 CP, aunque el intento de armonizar todas esas normas ha hecho que no haya unanimidad en esta interpretación. En cambio, se introduce una especialidad para el internamiento de personas declaradas inimputables, prohibiendo el legislador que supere el tiempo que habría durado la pena si el sujeto hubiese sido declarado responsable.

Pues bien, desde el momento en que se parte de una hipótesis ideal, se plantean dudas sobre cómo determinar la pena que correspondería a esa persona si fuera responsable. En la doctrina se han formulado diversas interpretaciones.

Algunos autores entienden que los artículos 101, 102 y 103 CP se refieren a la pena concreta. En aras de esta conclusión, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN destacan que no se menciona “la pena que hubiera podido imponerse” sino “el tiempo que habría durado la pena”<sup>55</sup>, lo que apunta a una magnitud concreta, que si realmente fuera el marco penal típico, no necesitaría que el Juez o Tribunal lo fijara expresamente en la sentencia<sup>56</sup>. Luego, se deberá determinar el marco concreto, teniendo en cuenta los efectos de la tentativa y la complicidad, las eximentes incompletas y las

---

<sup>54</sup> Es decir, la pena prevista en la figura de la parte especial. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Revista del Poder Judicial*, (60), 2000, p. 7; GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 464 y s.; RUBIO LARA, *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y soluciones*, 2011, p. 50; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª ed., 2011, p. 516; y, VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal*, v. I, 1996, p. 63. Véase, no obstante, sobre la tendencia jurisprudencial a aplicar las reglas de ejecución y participación, MARCOS MADRUGA, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 430.

<sup>55</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 593.

<sup>56</sup> GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, 1997*, p. 151. Corcoy Bidasolo/Mir Puig precisan que el límite máximo de las medidas privativas de libertad no es la concreta duración de la pena que se hubiera impuesto si el sujeto fuera plenamente imputable, sino el marco penal que resulte de aplicar al hecho cometido todas las reglas previstas para su determinación, salvo las relativas a las causas de inimputabilidad o disminución de la imputabilidad. CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, pp. 240 y s.

atenuantes muy cualificadas, a excepción de la causa de la inimputabilidad. En puridad deben valorarse, también, las circunstancias ordinarias atenuantes y agravantes, pero en su mayoría resultarán inoperantes, bien por su conexión con el factor determinante de la inimputabilidad, o por la improcedencia de aplicarlas en perjuicio del reo<sup>57</sup>.

En cambio, GRACIA MARTÍN mantiene la tesis contraria, entendiendo que esa pena que se hubiera podido imponer sería una comprendida en el marco penal abstracto establecido para el delito en la parte especial, por lo que éste es el límite señalado en los artículos 101 a 103 CP<sup>58</sup>.

A mi modo de ver, el diferente tenor utilizado en esos preceptos, en relación con el artículo 104 CP, denota que el legislador quiso establecer cánones limitadores distintos, pues lo coherente habría sido emplear la misma expresión, tanto para los casos de eximentes completas como incompletas, reguladas a efectos de medidas de modo sucesivo. Igualmente, perdería su sentido la cláusula determinando la obligación del juzgador de expresar en la sentencia el límite máximo. Así pues, en el caso de inimputables la duración puede alcanzar hasta el máximo del marco penal concreto.

Tampoco el contenido del artículo 104 CP ha sido interpretado de modo unánime. GARCÍA ALBERO, señala que por exigencias del principio de proporcionalidad, esa previsión debe entenderse en los mismos términos de los artículos 101, 102 y 103 CP, esto es, teniendo en cuenta los aspectos relativos al «iter criminis» y participación, y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a excepción de las valoradas vía exención incompleta<sup>59</sup>. Por el

---

<sup>57</sup> La dificultad de este razonamiento es evidente. Como apunta García Albero, las eximentes incompletas o atenuantes muy cualificadas operarán, salvo que sus requisitos se expliquen precisamente por la situación de inimputabilidad del sujeto: una legítima defensa incompleta, un miedo insuperable, etc. El criterio será la subrogación del hombre medio imputable en el lugar del autor para determinar la procedencia o improcedencia de tal aplicación. Igualmente, las atenuantes pueden operar, siempre que no resulten inherentes al sustrato determinante de la imputabilidad. En cambio, la *ratio* de las agravantes impide que operen en perjuicio del reo, bien por conectarse, total o parcialmente, con la culpabilidad del autor por el hecho cometido, bien por no tener sentido en el contexto de una sentencia absolutoria por inimputabilidad, como sucede, por ejemplo, con la agravante de reincidencia (art. 21.8 CP), o incluso en la de ensañamiento (art. 21.5 CP). GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 666. Puede verse una exposición detallada sobre cada una de las circunstancias en, GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, 1997*, pp. 149 y ss. Por su parte, Mapelli Caffarena indica que es un error tomar como referencia la pena que le hubiera correspondido al sujeto, pero una vez vigente dicho límite es lógico que se concrete hasta donde sea posible, para evitar un trato desigual entre inimputables e imputables. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 371.

<sup>58</sup> Este autor entiende que para la fijación de la pena abstracta deben considerarse las disposiciones relativas a la participación y al grado de ejecución del hecho. En cambio, en la teoría de las medidas, debido a su fundamento, es la establecida en el precepto de la parte especial, sin aplicar esas reglas. La referencia a la pena abstracta es una regla técnica para establecer un límite máximo a la duración de la medida, y como el fundamento de ésta es la peligrosidad y la duración de la medida adecuada a la misma puede ser superior a la que correspondería a la pena abstracta por el hecho concreto realizado por el sujeto, por ejemplo a la pena abstracta que corresponde al hecho concreto de complicidad, la pena abstracta a la que se refiere el artículo 6.2 CP tiene que ser la establecida en el precepto de la parte especial, sin que entren en consideración las normas sobre los grados de participación y ejecución. GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 464 y s. También, JORGE BARREIRO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, pp. 186 y s.

<sup>59</sup> GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 670.

contrario, otro sector doctrinal<sup>60</sup> apunta como límite la pena abstracta señalada para el autor del delito consumado. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN explican esa disparidad entre el régimen previsto para inimputables y semiimputables, porque en este último supuesto la pena habrá resultado muy atenuada por la aplicación de la eximente incompleta, lo que aconseja un margen más amplio para prevenir la peligrosidad<sup>61</sup>.

También en este precepto la dicción legal apunta a la pena abstracta de la parte especial, y en este sentido me parece razonable la posible justificación que apuntan los últimos autores.

En suma, la frontera en las medidas de internamiento reside, en el caso de los semiimputables, en el límite máximo del marco penal abstracto previsto en la parte especial para el delito realizado, y en el de los inimputables, en el máximo del marco penal concreto, tras aplicar la totalidad de las reglas de determinación de pena, en tanto sean compatibles con la eximente. No obstante, la divergencia en cuanto a la interpretación de estos preceptos pone de relieve la necesidad de una reforma para precisar su contenido. En el Proyecto comprobaremos que se establecen plazos concretos para todas las medidas de internamiento, si bien en algunas se permite su aplazamiento reiterado.

### 3. Las medidas de internamiento en el Derecho alemán

#### 3.1. Consideraciones previas

En el Proyecto de Reforma del Código Penal español se ha seguido en gran parte la normativa alemana relativa a las medidas de internamiento. Por eso, antes de referirme a nuestro texto de reforma apuntaré unas notas sobre esas disposiciones.

En Alemania la regulación de las medidas de seguridad se inspira en la idea del “interés preponderante”. Esto supone que para imponerlas se debe cotejar, por una parte la restricción de derechos del sujeto que conlleva la medida y, por otra, el peligro que esa persona encierra para la sociedad. A su vez, este riesgo se valora en un doble sentido, considerando, tanto el grado de probabilidad de comisión futura de nuevos delitos, como la gravedad de esos hechos esperables, es decir, la entidad de los bienes amenazados<sup>62</sup>. Esta fórmula se ha plasmado en el enunciado del principio de proporcionalidad del § 62 StGB.

Inicialmente, cuando se incorporaron al Código penal, a través de la «*Gewohnheitsverbrechergesetz*» (“Ley del delincuente habitual”) de 24 de noviembre de 1933, las medidas respondían a una

<sup>60</sup> GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 466; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 594; y, JORGE BARREIRO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, p. 187.

<sup>61</sup> GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, 1997*, pp. 148 y s.; y, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 594. Sánchez Yllera justifica esa divergencia, en tanto no podía ser de mejor condición el semiimputable que el inimputable, que puede quedar sometido a medida de seguridad durante todo el tiempo que hubiese durado la condena si el sujeto hubiese sido declarado responsable. SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, v. I, 1996, p. 560.

<sup>62</sup> KÜHL, § 61, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 443; STRATENWERTH/KULEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., 2004, pp. 18 y ss.; STREE/KINZIG, § 63, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, pp. 967 y s.

finalidad utilitaria, heredera del modelo elaborado por VON LISZT<sup>63</sup>. El objetivo de esa respuesta era la “defensa social” y su legitimidad descansaba en un juicio de “adecuación a fin”, calibrando la idoneidad de la medida concreta para neutralizar la peligrosidad del sujeto y proteger a la sociedad, cuya salvaguarda se consideraba un interés prevalente. No se requería un equilibrio adecuado entre los derechos restringidos y los bienes protegidos. Obviamente, esta concepción dista sustancialmente de la consagrada actualmente en la ley, aunque subyace todavía ese sentimiento de primacía del derecho a la seguridad de los ciudadanos.

La doctrina hizo patente el riesgo que entrañaba vincular las medidas exclusivamente a la peligrosidad, al descargarse al estado de la necesidad de apreciar la culpabilidad del sujeto, lo que suponía abrir la puerta al eventual tratamiento del delincuente como un objeto, en beneficio de la superior tutela de la comunidad. Justamente, una mirada a la historia reciente de Alemania avalaba esa tesis, al evocar las aberraciones cometidas por el régimen nacional-socialista contra deficientes mentales en nombre del beneficio público<sup>64</sup>.

La necesidad de acotar las medidas con parámetros más estrictos que la pura peligrosidad, acordes con los principios del Estado Social y de Derecho, se vio como una cuestión imperante para la propia legitimidad de la sanción. De esta forma, pasaron a considerarse la dignidad y los derechos del afectado, dando entrada al principio de proporcionalidad recogido en el § 62 StGB<sup>65</sup>. Ahora bien, como vamos a comprobar, en ese contraste entre la esfera jurídica del infractor y la protección de la sociedad, las garantías de quien es considerado peligroso tienen un peso reducido en la regulación de las medidas. En todas ellas se estima que el objetivo absolutamente prioritario es prestar seguridad a los ciudadanos<sup>66</sup>. Precisamente, una de las más graves, la de internamiento en centro psiquiátrico, carece de limitación temporal, pudiendo prolongarse mientras el enfermo sea peligroso. Además, no impide ese ingreso la ausencia de perspectiva de curación, preservándose directamente la seguridad ciudadana<sup>67</sup>. Por otra parte, aunque en el § 62 StGB se requiere que el juzgador valore el hecho cometido, en la práctica judicial se atribuye una mayor importancia a los actos previsibles<sup>68</sup>. Hasta el punto de justificar el Tribunal Supremo la imposición de medidas cuando se espera la comisión de delitos graves, aunque los realizados tengan poca significación<sup>69</sup>. Ese predominio del interés público se refleja, incluso, en la eficacia del principio *in dubio pro reo*, presente en el momento de adoptar o rechazar la medida, pero que no se observa respecto a su suspensión o levantamiento, por lo que el Juez sólo debe adoptar estas decisiones si está convencido de que la peligrosidad ha desaparecido o ha disminuido de forma considerable<sup>70</sup>.

---

<sup>63</sup> KÜHL, § 61, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 442; y, SCHÖCH, Previos §§ 61 y ss., *Satzger/Schmitt/Widmaier StGB Kommentar*, 1ª ed., 2009, p. 547.

<sup>64</sup> SCHÖCH, Previos §§ 61 y ss., *Satzger/Schmitt/Widmaier StGB Kommentar*, 1ª ed., 2009, p. 547, y STRATENWERTH/KULEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., 2004, pp. 18 y ss.

<sup>65</sup> FRISCH, *ZStW*, (102), 1990, pp. 343 y ss.; y, STRATENWERTH/KULEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., 2004, pp. 20 y 21.

<sup>66</sup> KÜHL, § 61, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 442; SCHÖCH, Previos §§ 61 y ss., *Satzger/Schmitt/Widmaier StGB Kommentar*, 1ª ed., 2009, p. 548; STREE/KINZIG, § 63, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, pp. 967 y s.; y, STRATENWERTH/KULEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2004, p. 21.

<sup>67</sup> FISCHER, § 63, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 536.

<sup>68</sup> JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1993, p. 733.

<sup>69</sup> FISCHER, § 62, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 533.

<sup>70</sup> SCHÖCH, Previos §§ 61 y ss., *Satzger/Schmitt/Widmaier StGB Kommentar*, 1ª ed., 2009, pp. 548 y s.

Pero, ha sido en las últimas décadas cuando la búsqueda de la seguridad se ha situado en el primer plano de la política criminal, marcando el desarrollo de las normas que rigen las medidas de seguridad<sup>71</sup>, sobre todo las concernientes a la custodia de seguridad («*Sicherungsverwahrung*»). En esta sanción se introdujeron varias reformas que llevaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a invalidarla en la sentencia de 17 de diciembre de 2009<sup>72</sup>.

Pues bien, algunas de esas notas que destaco por su perfil negativo, se recogen también en el Proyecto de reforma de nuestro Código penal. Fundamentalmente, la posibilidad de internar al sujeto en centro psiquiátrico de manera indefinida, mientras se estime necesario para compensar su peligrosidad, en contraste con el carácter limitado del ingreso en centro de deshabitación. Además, la eliminación del tope temporal se extiende en nuestro ordenamiento a los centros de educación especial. Asimismo, se suprime la limitación expresa de las medidas privativas de libertad a los delitos castigados con penas de este género. No obstante, se introducen variaciones importantes, especialmente en materia de ejecución, donde se suavizan algo los términos de la legislación germana. Por otra parte, como es normal, los parámetros para enjuiciar las medidas desde el punto de vista constitucional son también dispares en ambas legislaciones, aunque cabe advertir que los respectivos Tribunales han llegado a conclusiones paralelas.

### 3. 2. El principio de proporcionalidad como piedra angular de las medidas

El Código penal alemán dedica el Título VI a las medidas de corrección y seguridad («*Maßregeln der Besserung und Sicherung*»)<sup>73</sup>.

El § 61 StGB -«*Übersicht*»-, que encabeza ese Título, enumera las medidas de seguridad reguladas en el texto:

*“Son medidas de corrección y seguridad: 1. El internamiento en establecimiento psiquiátrico; 2. El internamiento en centro de deshabitación; 3. La detención preventiva; 4. La supervisión de conducta; 5º. La retirada del permiso de conducir; 6º. La inhabilitación profesional”.*

A continuación, el § 62 StGB -«*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*»- recoge el principio de proporcionalidad:

<sup>71</sup> También en Alemania se habla de un “Derecho penal de la seguridad”, como contrapuesto al “Derecho penal garantista”. En este sentido, señala Hassemer que el objetivo de seguridad actúa en detrimento de las garantías tradicionales del Derecho penal, de sus límites de intervención y de la protección de los derechos humanos. De esta forma, ha pasado a utilizarse como un medio de solución de conflictos, perdiendo su condición de última ratio. HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV, 1992, p. 243; EL MISMO, «Líneas de desarrollo del Derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad», en GARCÍA VALDÉS (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, p. 377.

<sup>72</sup> En concreto, la posibilidad de aplicarla tras cumplir la pena de prisión aunque no se hubiese acordado en la sentencia, y la aplicación retroactiva de la disposición por la que se anulaba el límite de duración de diez años, fueron declaradas contrarias a los principios de libertad y seguridad y de legalidad, proclamados en los artículos 5.1 a) y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, ROIG TORRES, «La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Revista General de Derecho Penal*, (19), 2013.

<sup>73</sup> Jescheck cuestiona la idoneidad de esta clasificación, en tanto todas las medidas protegen a la colectividad frente a futuros delitos y todas pretenden alcanzar esta meta mediante la resocialización. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1993, p. 731.

*“No cabe instar una medida de corrección y seguridad si no es proporcionada en su significación, tanto respecto al hecho cometido y a aquel que se espera pueda volver a cometer el autor, como en cuanto al grado de peligrosidad que emana de éste”.*

Ese precepto se complementa, además, con lo dispuesto en el § 72 StGB:

*“Cuando puedan imponerse varias medidas de seguridad y reinserción social y una de ellas resulte suficiente para conseguir el fin buscado, sólo deberá ordenarse esa”.*

El Tribunal Constitucional alemán ha declarado que el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional, es uno de los pilares de un Estado de Derecho y supone la esencia de un derecho fundamental, aunque en sí mismo no constituye uno de estos derechos<sup>74</sup>.

A la luz de la declaración legal, dicho principio implica la necesidad de simetría entre la agresión a la libertad que supone la medida, por un lado, y el significado objetivo de los hechos delictivos cometidos y los que se espera se reiteren, por otro, valorando el grado de peligro que representan los agresores<sup>75</sup>.

En concreto, de acuerdo con el § 62 StGB, son tres los criterios a examinar para constatar si se da tal proporcionalidad:

- *La significación del hecho delictivo cometido*

Mediante esta referencia se rechaza la peligrosidad por la conducción de vida, que se había adoptado en otros ordenamientos del Derecho comparado. En este sentido, la doctrina entendió que en un Estado de Derecho, donde se debe amparar la libertad como valor fundamental, no es misión del Derecho penal combatir formas de vida del autor distintas a la actividad criminal (como la vida desordenada o la holgazanería, contempladas en el Código penal suizo). La decisión de imponer la medida se ha de basar primordialmente en el peligro de reiteración en el delito<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> BVerfGE 16, 302; 19, 347, etc. FISCHER, § 62, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 533. Por otra parte, la doctrina mayoritaria entiende que el principio de proporcionalidad abarca una estructura triple, teniendo una parte de adecuación a fin (*Geeignetheit*), otra de necesidad (*Erforderlichkeit*), y otra de adecuabilidad (*Angemessenheit*). STREE/KINZIG, § 62, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 965. Así pues, se entiende de forma similar a como lo ha interpretado nuestro Tribunal Constitucional, pese a no consagrarse expresamente en la Constitución. Ampliamente, CUERDA ARNAU, en VV.AA., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v.I, 1997, pp. 447 y ss.

<sup>75</sup> KÜHL, § 63, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 444.

<sup>76</sup> En este sentido, destacan las críticas formuladas por Stratenwerth respecto al Código penal suizo y al Proyecto de revisión parcial del mismo de 1965. En dicho texto se preveía el internamiento de delincuentes habituales. Como primer presupuesto, se requería que el sujeto tuviera antecedentes penales por delitos graves (*Verbrechen*) o menos graves (*Vergehen*). El sentido de este requisito formal, decía Stratenwerth, es patente: la recaída reiterada en el delito es uno de los síntomas más fuertes de la peligrosidad del autor y de la ineficacia que en él tienen las sanciones penales. La segunda condición era que el autor tuviera una clara tendencia a cometer delitos, graves o menos graves, a la vida desordenada o a la holgazanería. Aquí introducía Stratenwerth su crítica fundamental: según el texto legal la tendencia que se valora no es sólo la que lleva al sujeto a delinquir, sino también la que le predispone a tener cierta forma de vida. Dado que en un Estado de Derecho, que debe defender la libertad como valor fundamental, no puede ser misión del Derecho penal combatir la vida desordenada ni la holgazanería, ha de entenderse que estas tendencias sólo juegan un papel como factores criminógenos que apoyan la medida. Lo decisivo para imponerlas ha de ser únicamente el peligro de recaída en el delito. Finalmente, como tercer

De acuerdo con la jurisprudencia, para precisar el alcance del hecho delictivo realizado, hay que atender no sólo a su gravedad, excluyéndose los de bagatela y las meras infracciones de desobediencia, sino también al tipo de delito (y a su significación para el público), a la frecuencia de los efectuados, el intervalo entre ellos, y sobre todo los indicios que supone de peligro de reiteración delictiva<sup>77</sup>.

De todos esos aspectos, se estima que el más relevante para acordar una medida de seguridad es la probabilidad de comisión de delitos futuros y, en concreto, de actos ilícitos graves. Por lo tanto, la mayor o menor entidad de los ya perpetrados sirve especialmente como síntoma de la peligrosidad<sup>78</sup>, aunque se excluye la aplicación de cualquier medida por un delito de bagatela o de simple desobediencia. Ahora bien, una vez rebasada esa gravedad mínima, se puede imponer el internamiento en centro psiquiátrico o de deshabitación, sin precisarse que el hecho esté castigado con una pena privativa de libertad. Esto es importante destacarlo porque en el Proyecto de reforma español se elimina la restricción vigente de las medidas privativas de libertad a este mismo tipo de penas, de suerte que si se sigue esa misma interpretación podrían llegar a imponerse por delitos castigados con penas restrictivas de otros derechos o con multa.

- *La significación del delito esperado*

En el pronóstico de peligrosidad se debe valorar la clase y la gravedad de los ilícitos que cabe esperar del sujeto, pues conforme al § 62 StGB para acordar el internamiento es necesario que esos actos puedan afectar a bienes también trascendentes<sup>79</sup>.

En este sentido, como he indicado, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, cuando sea previsible la comisión de delitos particularmente graves, se entiende justificada la restricción de libertad, aunque los hechos realizados hasta entonces revistan poca entidad<sup>80</sup>. Lo normal, pues, será pronosticar delitos serios cuando los perpetrados también lo sean. Pero, la mera posibilidad que apunta el Alto Tribunal pone de manifiesto los inconvenientes de acordar las medidas basándose en la peligrosidad, sin atender a las penas previstas para el delito cometido. Un hecho menor puede conllevar una privación de libertad, por un tiempo indeterminado.

---

requisito se precisaba la existencia de una nueva condena. No obstante, decía ese autor, la medida de internamiento no se restringe a través de la pena. Sólo es necesario que el delito que la motiva alcance cierta gravedad -un delito grave (*Verbrechen*) o menos graves (*Vergehen*)- y que conduzca a la privación de libertad del reo. De modo que pueden incluirse, teóricamente, los cientos de delitos de "bagatela" que cada año suponen en Suiza la condena a penas cortas de prisión. Los ejemplos de multitud de delincuentes juveniles con tendencia a implicarse en riñas y de automovilistas con problemas de alcoholismo que conducen en varias ocasiones bajo el efecto del alcohol, deberían haber revelado lo extremadamente amplio que es el Derecho vigente, en el sentido de permitir fácilmente la adopción de una medida de internamiento. Pero además, debe ponerse el acento, al efectuar esta crítica, en la imposibilidad de vincular su aplicación a la culpabilidad del autor, al no ser necesario valorarla para fundar su imposición. STRATENWERTH, *ZStrR*, (82), 1966, pp. 337 y ss.

<sup>77</sup> BGH 20, 232, etc. FISCHER, § 62, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 533; y, STREE/KINZIG, § 62, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, pp. 965 y s.

<sup>78</sup> STRATENWERTH/KULEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2004, p. 23.

<sup>79</sup> Como ejemplo que habilita para la medida se citan las lesiones físicas graves. FISCHER, § 62, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 533; y, STREE/KINZIG, § 62, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 966.

<sup>80</sup> BGH 24, 134 y ss, etc. FISCHER, § 62, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 533.

- *El grado de peligrosidad*

Finalmente, se consagra como criterio independiente el nivel de peligrosidad, de manera que el objetivo al evaluar este factor es determinar el índice de riesgo o probabilidad de comisión de nuevos hechos tipificados penalmente, con independencia de su entidad.

Vemos, pues, que el objetivo del pronóstico gira en torno a la probabilidad de que el infractor vuelva a delinquir y efectúe delitos graves. En este contexto el comportamiento criminal enjuiciado adquiere una particular significación, pero no como parámetro limitador de la medida, sino como dato para calibrar ese riesgo. Desde esta perspectiva, como destacaban STRATENWERTH/KUHLEN, un hecho antijurídico menor puede servir de fundamento al internamiento, incluso de por vida, si se consideran amenazados bienes jurídicos valiosos.

En el otro polo de la balanza, esto es, la injerencia de la medida en los derechos del autor, se debe considerar no sólo su posible duración, sino también su naturaleza. A estos efectos, se incide en la necesidad de distinguir la mera privación de libertad, de un tratamiento psiquiátrico coactivo que le produzca a la persona cierto sufrimiento, como contrapeso a los tres criterios anteriores<sup>81</sup>.

Lo cierto es que, en el sistema alemán los derechos del infractor tienen un peso menor frente a los bienes de los demás ciudadanos, a la hora de decidir en el proceso penal si se acuerda o no el internamiento. Si el Juez estima que esa persona, por su enfermedad o por su adicción, puede causar daños serios a la sociedad, acuerda su internamiento aunque hasta entonces no haya realizado ningún ilícito grave.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad ha sido objeto de debate principalmente en lo que hace a las medidas de internamiento con duración superior a la pena privativa de libertad prevista para el delito cometido. Un sector doctrinal ha justificado esta respuesta en la necesidad de defender a los ciudadanos, cuando la pena adecuada a la culpabilidad resulta insuficiente para garantizar esa tutela, como sucede con personas con una enfermedad mental, o adictas al alcohol o las drogas, cuya imputabilidad reducida determina también una condena baja<sup>82</sup>.

El Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) se ha pronunciado a este respecto, aduciendo como fundamento de la extensión mayor de la medida, su finalidad de prevención especial y la sujeción al principio de proporcionalidad y no al de culpabilidad, debiéndose ponderar en cada caso las necesidades de protección de la sociedad y el derecho a la libertad del condenado.

Así lo declaró en la Sentencia de 1 de agosto de 2008<sup>83</sup>. En ella el recurrente alegaba la falta de proporcionalidad de la medida que se le había impuesto, consistente en el internamiento continuado en un hospital psiquiátrico, debido a que excedía de la duración de la pena privativa

---

<sup>81</sup> STRATENWERTH/KULEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2004, p. 24.

<sup>82</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 1997, pp. 103 y ss.

<sup>83</sup> Esta resolución resuelve la alegación de inconstitucionalidad contra las sentencias del Tribunal Superior de Brandenburgo, de 8 de abril de 2008 y del Tribunal de Frankfurt de 21 de febrero de 2008, en virtud de los artículos 93 b y 93 a de la Ley del Tribunal Constitucional Alemán.

de libertad. Sin embargo, dice el Tribunal que el condenado no ha tenido en cuenta las diferentes finalidades de las penas privativas de la libertad y de las medidas (F.J.2). “Mientras que la pena sirve para compensar la culpabilidad y su medida se corresponde en cada caso con la culpabilidad..., las medidas de corrección y seguridad previstas en el § 61 StGB superan aquel límite, sirviendo en especial a funciones preventivas individuales, a las que la pena no puede atender, a causa de su vinculación a la culpabilidad del autor..., y en vez de sujetarse al principio de culpabilidad se rigen por el de proporcionalidad (§ 62 StGB). Esta proporcionalidad obliga a sopesar las inquietudes sobre la seguridad de los ciudadanos y el derecho a la libertad de los afectados, en cada caso individual<sup>84</sup>, como parte de la decisión sobre la continuación de la ejecución de la medida de internamiento. El Juez ha de resolver sobre la salida del agresor en el marco de una valoración conjunta, atendiendo al peligro que se desprende del sujeto en relación con la gravedad que la ejecución de la medida le supone” (F.J.3)<sup>85</sup>.

Como vemos, el Tribunal Constitucional alemán aporta el mismo argumento aducido por el Tribunal español (STC 24/1993, de 21 de enero), contrastando el distinto fundamento de penas y medidas y el papel que ejercen la culpabilidad y la peligrosidad en la delimitación de esas sanciones. En consecuencia, declaran legítimas las medidas de internamiento indefinidas para enfermos mentales, al supeditarse su duración al riesgo de recaída en el delito que se advierte en el sujeto, pudiendo rebasar por ello el tiempo de la pena. La necesidad de defensa social, que se ensalza en la resolución germana es en realidad la otra cara de la moneda de la prevención especial, reconocida en los dos sistemas como fin común de las medidas de seguridad.

Nótese, no obstante, que en el modelo alemán se equipara el papel limitador ejercido por la culpabilidad y por la proporcionalidad, respectivamente, en las penas y en las medidas de seguridad<sup>86</sup>. De suerte que la legitimidad de éstas no se anuda sólo a la peligrosidad del infractor sino que ha de respetarse la ponderación fijada en el § 62 StGB entre la medida, y el hecho cometido, los delitos previsibles y la peligrosidad del autor. Con todo, estos módulos no son tan estrictos como los previstos en el artículo 6.2. CP, donde se veda que las medidas de seguridad superen la duración y gravedad de la pena prevista para el delito o la peligrosidad. Pues bien, en el Proyecto de reforma se suprime esta prohibición y se opta por una definición de la proporcionalidad análoga a la del § 62 StGB, que pasa a dar contenido al nuevo artículo 95.2 CP.

---

<sup>84</sup> La cursiva es añadida.

<sup>85</sup> En el caso enjuiciado el Tribunal entendió que la decisión de mantener la ejecución de la medida no era desproporcionada. A la vista de las cuatro condenas anteriores por delitos sexuales similares contra niños, la muy marcada orientación homosexual-pedófila del autor y su negativa a recibir tratamiento, encerraba un alto riesgo de cometer delitos sexuales graves semejantes en caso de liberación y en la valoración realizada predominaba el beneficio de dar seguridad al público (F.J.4). Asimismo, rechazó que fuera desproporcionada la sumisión a terapia –como sostenía el recurrente-, pues teniendo en cuenta la finalidad de la continuación del internamiento en un hospital psiquiátrico, también era admisible el sometimiento del interno a tratamiento, en cuanto servía a los intereses de la seguridad de la comunidad, exclusiva o principalmente (F.J.5).

<sup>86</sup> En nuestro ordenamiento mantiene este paralelismo, ZUGALDÍA ESPINAR, «Medidas de seguridad complementarias y cumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (1), 2009, p. 201.

### 3.3. Regulación legal

En el Código penal alemán, hay dos medidas privativas de libertad, el internamiento en establecimiento psiquiátrico y en centro de deshabitación<sup>87</sup>.

#### § 63 StGB. Internamiento en establecimiento psiquiátrico

*De haber alguien cometido un hecho antijurídico, en situación de inculpabilidad (§ 20), o con su culpabilidad disminuida (§ 21), el Tribunal ordenará su internamiento en un hospital psiquiátrico cuando la evaluación total del agresor y de su acto indiquen, partiendo de éste y como consecuencia de su estado, que son previsibles actos antijurídicos graves, siendo peligroso para el público.*

#### § 64 StGB. Internamiento en centro de deshabitación

*De tener una persona la propensión a consumir bebidas alcohólicas u otras sustancias tóxicas en exceso, y haber cometido por esa causa un acto antijurídico, sea en estado de embriaguez o por su dependencia del alcohol, que le suponga una condena, o que no la conlleve precisamente por estar acreditada su inculpabilidad, o no excluida, deberá el Tribunal acordar su internamiento en centro de rehabilitación si existe el peligro de que cometa actos antijurídicos graves a causa de su dependencia. La orden sólo se emitirá si hay una perspectiva favorable en ese caso concreto de que la persona sanará con dicho tratamiento o estará por un tiempo considerable alejado de tal dependencia, distanciado de los actos ilícitos graves a los que puede conducir su dependencia<sup>88</sup>.*

Por su parte, los §§ 67<sup>89</sup> y 67 d)<sup>90</sup> StGB, regulan el orden sucesivo de cumplimiento y la duración del internamiento.

<sup>87</sup> La Ley de Ejecución Penal de 20 de diciembre de 1984, suprimió el ingreso en centro de terapia social, que hasta entonces había sido el eje principal de este sistema, pasando a constituir una modalidad de cumplimiento de la pena de prisión para reincidentes con trastornos graves de la personalidad. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1993, pp. 731 y 739.

<sup>88</sup> El § 65 StGB está derogado y el § 66 StGB regula la custodia de seguridad.

<sup>89</sup> § 67 StGB. Orden sucesivo de cumplimiento

1. De acordarse la medida de internamiento en una institución, conforme a los §§ 63 y 64, junto a una pena privativa de libertad, la medida se ejecutará antes de la pena.

2. El Tribunal, sin embargo, determinará que la pena, o una parte de ésta, debe ejecutarse antes de la medida cuando el fin de la medida se alcance más fácilmente de este modo.

*En caso de imponerse un internamiento en un centro de deshabitación junto a una pena de prisión que temporalmente supere los tres años, el Tribunal deberá determinar que una parte de la pena se cumpla antes de la medida. Esta parte de la pena debe tener una extensión que permita, tras su finalización y pendiente el internamiento posterior, que sea posible tomar una decisión con arreglo al apartado 5, primera frase de este precepto. El Tribunal también debe especificar que la pena se ejecute antes de la medida si el condenado está obligado a salir del país y se espera que su estancia en el territorio cubierto por la presente Ley se termine durante o inmediatamente después de cumplirse la pena.*

3. El Tribunal podrá, posteriormente, dictar una orden con arreglo al apartado 2, frase 1 ó 2, modificarla o revocarla si las circunstancias de la persona del condenado hacen que esto parezca adecuado. El Tribunal también puede decidir posteriormente conforme a lo dispuesto en el apartado 2, frase 4. De haberse emitido una resolución al amparo del apartado 2, frase 4, se anula si la terminación de la estancia de la persona condenada ya no se espera, al amparo de la vigencia de esta ley, durante o inmediatamente después de cumplirse la pena.

4. De haber completado la medida la totalidad o parte de la pena, el tiempo de ejecución de la medida se aplicará a la pena, teniendo por cumplida hasta dos tercios de la pena.

5. De ejecutarse la medida antes de la totalidad de la pena, el resto de la pena podrá ser suspendida, de modo condicional, de darse los requisitos del § 57 párrafo 1 frase 1º nº 2 y 3, siempre que al menos se haya cumplido la mitad de la condena. De no suspenderse el resto de la pena, se seguirá ejecutando la medida. En todo caso, el Tribunal podrá acordar el cumplimiento del resto de la pena si las circunstancias de la persona del condenado lo hacen aconsejable.

<sup>90</sup> § 67 d) StGB. Duración del internamiento

1. El internamiento en un centro de deshabitación no puede exceder de dos años. El plazo cuenta desde el inicio del internamiento. Si antes de una pena privativa de libertad se ejecuta una medida restrictiva de libertad impuesta junto a

En las dos medidas se requiere que el sujeto sea inculpable (art. 20 StGB) o que tenga la culpabilidad disminuida (art. 21 StGB), en el momento de actuar<sup>91</sup> y que haya realizado un hecho antijurídico<sup>92</sup>.

Ahora bien, se entiende que el fin esencial de cada una de ellas es distinto y esta separación comporta repercusiones notables en cuanto a su régimen legal. El internamiento del § 63 StGB tiene como objetivo proteger a la colectividad frente a personas peligrosas por su enfermedad o incapacidad. Esta configuración conlleva dos consecuencias elementales: por una parte, la carencia de un plazo máximo de duración, prolongándose mientras se considera que la persona, por su enfermedad mental, supone un riesgo grave para los bienes ajenos (§ 67 d) n° 6 StGB). Por otra parte, al no revestir carácter curativo, puede adoptarse aunque no exista perspectiva de sanación. A juicio de los Tribunales alemanes, la medida no se reduce a personas que precisen un cuidado o tratamiento médico-psiquiátrico<sup>93</sup>.

En lo que hace al hecho delictivo realizado, la jurisprudencia señala que basta una conducta no muy importante, en tanto resulte sintomática de la considerable peligrosidad del autor<sup>94</sup>.

Como contrapunto, se precisa una especial entidad en cuanto a los delitos previsibles, considerándose hechos antijurídicos relevantes para este internamiento sólo aquellos que, además de ser graves –como por ejemplo, irse de un local sin pagar<sup>95</sup>– resultan adecuados para perturbar fuertemente la paz pública<sup>96</sup>. La jurisprudencia excluye la criminalidad mediana o leve, incluso cuando se trata de delincuentes habituales<sup>97</sup> o en serie<sup>98</sup>. Por lo tanto, no cabe aplicar la medida para evitar robos menores, pequeñas estafas, o actos como marcharse de un establecimiento sin pagar<sup>99</sup>.

---

*aquella, se prolongará ese plazo máximo hasta la duración de la pena privativa de libertad, en tanto que el tiempo de ejecución de la medida se imputa a la pena.*

5. El Tribunal dará por finalizado el internamiento en un centro de deshabitación si ya no existen los requisitos del § 64 frase 2ª. Con la salida del centro se iniciará un periodo de supervisión de conducta.

6. Si el Tribunal, después de iniciarse un internamiento en un hospital psiquiátrico, constata que ya no se dan las condiciones de la medida o la ulterior ejecución de la medida es desproporcionado, la dará por finalizada. Con la salida del centro se iniciará un periodo de supervisión de conducta. El Tribunal acordará que no se lleve a cabo esa supervisión de no ser previsible la comisión de nuevos delitos por el afectado, aun sin esa supervisión.

<sup>91</sup> FISCHER, § 63, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 537; KÜHL, § 63, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 447; y, SCHÖCH, § 63, *Satzger/Schmitt/Widmaier StGB Kommentar*, 1ª ed., 2009, p. 560.

<sup>92</sup> Los presupuestos del tipo subjetivo “interno” son controvertidos. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (BGH) es necesario el “dolo natural” (BGHSt 3, 287; 31 al art.15). En cambio, son aplicables las medidas cuando, como consecuencia de su condición, el autor juzga mal los hechos que una persona sana habría reconocido adecuadamente (BGH 3, 287, 289; 10, 355, 357...; NStZ 91, 528...), como si por sufrir una paranoia, cree estar en un estado de necesidad -sin existir esa emergencia- o de legítima defensa, -sin existir ningún ataque- (BGH 10, 355...), o cuando a consecuencia de un trastorno delirante asume erróneamente tener derecho a un patrimonio ajeno. FISCHER, § 63, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 536; y, KÜHL, § 63, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 447

<sup>93</sup> BVerfG. HRRS 08, n° 1017; BGH NStZ 90, 123, 98, 35... y Karlsruhe MDR 75, 861... FISCHER, § 63, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 536; y, STREE/KINZIG, § 63, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, pp. 967 y s.

<sup>94</sup> (BGH 24, 134 (136)). JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1993, p. 735.

<sup>95</sup> (NStZ 92, 178). STREE/KINZIG, § 63, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 971.

<sup>96</sup> (NJW 68, 1783; NStZ - RR 01, 238). KÜHL, § 63, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 449; y, STREE/KINZIG, § 63, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 971.

<sup>97</sup> (BGH NStZ 33, JZ 97, 686). STREE/KINZIG, § 63, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 971.

<sup>98</sup> (KG StV 92, 580). STREE/KINZIG, § 63, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 971.

<sup>99</sup> (BGH NStZ 92, 178...). STREE/KINZIG, § 63, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 971.

Desde luego, resulta llamativo el absoluto consenso de la doctrina y de los órganos judiciales en torno a esa regulación, reconociendo sin reservas que prevalece el derecho de los ciudadanos a no sentirse amenazados por quien ya ha delinquido debido a su afección, frente a la libertad de esa persona enferma. Pero, conviene apuntar que en la Constitución alemana no existe una disposición equivalente al artículo 25.2 CE, en el sentido de determinar la orientación de las medidas de seguridad a la reeducación y a la reinserción social.

La segunda medida privativa de libertad, el internamiento en centro de deshabitación (§ 64 StGB) presenta un perfil enteramente distinto<sup>100</sup>. Según ha declarado el Tribunal Constitucional, la meta principal en este caso es la curación de la dependencia, pasando a un segundo plano la salvaguarda de los ciudadanos. Se entiende que la vía para alcanzar este propósito es conseguir la deshabitación del infractor, por lo que deben centrarse los esfuerzos en este cometido<sup>101</sup>. Esa naturaleza correctiva conlleva varias restricciones. En primer lugar, el umbral máximo de duración de la medida es de dos años, o excepcionalmente el tiempo de la pena (§ 67 d) n° 1 StGB). Además, a partir de la postura sentada por el citado Tribunal, se incorporó el párrafo 2º del § 64 StGB, a cuyo tenor ha de existir una perspectiva favorable respecto a la posibilidad de sanación del sujeto, o al menos sobre la superación por un periodo considerable de su adicción<sup>102</sup>. Estas previsiones se incorporan también en nuestro Proyecto de reforma.

Pues bien, en estas medidas cobra un especial protagonismo el juicio de proporcionalidad, debiendo guardar una relación apropiada la injerencia en la libertad con la amenaza que la persona supone hacia los ciudadanos. De esta forma, la clave de bóveda de la resolución que las adopta es el pronóstico de peligrosidad del sujeto.

Por eso, en el proceso penal alemán el Juez debe emitir una resolución particular sobre este aspecto<sup>103</sup>, haciendo una valoración conjunta del autor y del hecho<sup>104</sup>. A estos efectos, la

<sup>100</sup> Los requisitos legales para aplicar este internamiento son los siguientes: 1º. La persona debe tener una dependencia o propensión a consumir bebidas alcohólicas u otras sustancias tóxicas. Dependencia significa aquí una tendencia arraigada y continua, o con interrupciones muy limitadas, con base en una disposición psíquica, a tomar alcohol u otra sustancia, de forma desmedida. 2º. Debe haber cometido por esa causa un acto antijurídico, sea en estado de embriaguez o por su dependencia del alcohol u otra sustancia. Pese al tenor literal de la ley, el hecho debe haberse realizado, en ambos casos, debido a esa adicción. Por otra parte, es necesaria una condena, incluida la cadena perpetua (BGHSt 37, 160) o el caso en que ésta se haya suspendido. 3º. Debe existir el peligro de reincidencia en la comisión de actos ilícitos graves a causa de esa dependencia. 4º. El nuevo párrafo 2º del artículo 64 exige que exista una favorable perspectiva de que la persona sanará con el tratamiento o estará por un tiempo considerable alejado de dicha adicción. Según el tenor del artículo 64 queda la imposición de la medida a la valoración restringida del Tribunal. En algún caso particular no se ha impuesto la medida, a pesar de darse los requisitos enumerados (BGH NStZ/D 08, 269...). Por el contrario, puede ordenarse cuando esos presupuestos ya se han dado en un proceso anterior (BGH NStZ 92, 432, NStZ-RR 07, 39...). KÜHL, § 64, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, pp. 453 y s.; y, STREE/KINZIG, § 64, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 976.

<sup>101</sup> El internamiento en un centro de rehabilitación es, en realidad, una medida que da prioridad a la seguridad del público (NStZ 03, 86; NStZ - RR 96, 257), pero su centro de gravedad reside en la finalidad de curar (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, 91,1). Esta última resolución estableció que el § 64 StGB era nulo al permitir la aplicación de la medida de su párrafo 1º a pesar de no existir una concreta perspectiva de éxito del tratamiento. Dicho Tribunal exigió, así, este pronóstico favorable. KÜHL, § 64, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 452.

<sup>102</sup> FISCHER, § 64, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., 2012, p. 548; KÜHL, § 64, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 452; y, STREE/KINZIG, § 64, *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 976.

<sup>103</sup> STREE/KINZIG, Previos § 61 y ss., *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 963.

peligrosidad se entiende como probabilidad de recaída en el delito, implicando un grado reforzado, o superior, a la mera posibilidad<sup>105</sup>.

En cuanto a los métodos de investigación, los Tribunales alemanes manejan tres modelos distintos.

El pronóstico intuitivo es el aplicado habitualmente, para casos que no presentan complicación. La valoración del autor y de los efectos de las sanciones y medidas sobre él, la efectúan personas que no han recibido formación psicológica, psiquiátrica o criminológica (básicamente, Jueces, Fiscales y funcionarios de ejecución), basándose para ello en su experiencia profesional. Se reconoce, por tanto, que el riesgo de error es mayor que en los otros sistemas.

El pronóstico estadístico se basa en que la probabilidad de futuros delitos es superior cuantos más elementos criminógenos (predictores) posea la persona. En las herramientas que se manejan en la práctica predominan ciertos factores de riesgo: antecedentes familiares, particularmente problemas relacionados con la violencia, la criminalidad, el alcoholismo o la inadaptación social, cambios variados en los cuidadores del sujeto, dificultades en su educación, falta de cuidado, alteraciones psicopatológicas, desorden escolar (absentismo, repetición de curso, suspensos), formación profesional interrumpida, actividad profesional irregular o ausencia de la misma, abusos de drogas o de alcohol, ocio desmedido, criminalidad previa, cantidad y tipo de delitos anteriores e intervalos cortos de recaída<sup>106</sup>.

Finalmente, el pronóstico clínico -también llamado empírico individual- se desarrolla por psiquiatras y psicólogos con especial experiencia criminológica. Consiste en un estudio de la personalidad del infractor mediante pruebas de psico-diagnóstico, exploración e investigación de su vida, relaciones familiares, trabajos y antecedentes delictivos.

En los últimos años, para supuestos de cierta complejidad, se ha optado por combinar métodos estadísticos y clínicos, desarrollados sobre todo por psicólogos y psiquiatras forenses, abordando aspectos de la evolución de la personalidad del delincuente, antes y después del delito, síntomas

---

<sup>104</sup> (BGHSt 27, 246; 37, 373). La jurisprudencia matiza que el momento pertinente para el pronóstico es el del juicio oral, no el de la detención tras la realización del delito. (NStZ - RR 02, 271). KÜHL, § 63, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 450.

<sup>105</sup> (BGHSt 5, 350). STREE/KINZIG, Previsos § 61 y ss., *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, p. 963. Se matiza, además, que la peligrosidad no ha de juzgarse sólo atendiendo al tipo concreto infringido, sino en función de la gravedad de los hechos que se espera se reiteren en el caso individual (NStZ 98, 617 y 08, 563). Esto es importante tenerlo en cuenta, sobre todo cuando el tipo abarca un amplio espectro de acciones, de gravedad variada (StV 02, 477). En este sentido, la jurisprudencia reconoce que ciertos delitos en principio graves, pueden no cumplir los criterios del pronóstico de peligrosidad en supuestos excepcionales, como ocurre cuando se percibe generalmente como inocuo al autor y de menor importancia el hecho. Además, se excluye la pequeña delincuencia, aunque el sujeto la desarrolle de modo profesional (JZ 97, 686). KÜHL, § 63, *Lackner/Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2011, p. 449.

<sup>106</sup> En cambio, es problemática la relevancia, a efectos del pronóstico, de la conducta del reo durante la ejecución de la pena o la medida. Mientras que en la práctica se otorga gran significado al comportamiento mostrado durante esa fase, en la doctrina hay abundantes críticas a la valoración de ese dato. Pese a ello, algunos autores entienden que los ensayos realizados durante la ejecución, ya sea al suavizar las condiciones de la pena o medida o al dar un permiso al interno, revisten una notable trascendencia. Así, de tener éxito esa prueba, se apoya un pronóstico positivo, y de abusar el interno de la suavización de las condiciones se dará un pronóstico negativo. SCHÖCH, Previsos §§ 61 y ss., *Satzger/Schmitt/Widmaier StGB Kommentar*, 1ª ed., 2009, pp. 552 y 553.

de enfermedad y perspectivas de futuro<sup>107</sup>.

Conviene destacar esta pluralidad en cuanto a los instrumentos de predicción utilizados en el proceso alemán, porque en el Proyecto de reforma español las medidas pasan a regularse en función de la peligrosidad, supeditándolas a las mismas reglas de proporcionalidad señaladas en el § 62 StGB. En cambio, los elementos de juicio que se manejan en nuestra práctica judicial, al menos hasta la fecha, son mucho más reducidos y esta limitación puede restar fiabilidad a los resultados del pronóstico.

Por otra parte, el § 67 StGB regula la forma de cumplimiento cuando concurren una pena y una medida privativa de libertad. Como regla general, se determina la aplicación primero de la medida y a continuación de la pena, descontando de ésta el tiempo de internamiento, no en su totalidad, sino hasta dos tercios de la condena, por lo que siempre quedará una parte por cumplir, que podrá ser suspendida. No obstante, este orden se invertirá, ejecutando antes la totalidad o una parte de la pena “cuando el fin de la medida se alcance más fácilmente de esta manera”. Esta variación es obligada en el internamiento en centro deshabitación, si la pena de prisión impuesta supera los tres años.

El Tribunal Supremo alemán (BGH) se pronunció sobre esta norma en la Sentencia de 4 de junio de 2003, declarando que ese cambio en el orden de ejecución estará justificado si se estima que para alcanzar el fin rehabilitador es conveniente que después del tratamiento el sujeto acceda directamente a la libertad, lo que podría no ocurrir si se aplicara antes la medida y después la pena (cita en este sentido, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado -*Generalbundesanwalt*- de 6 de mayo de 2003). Ahora bien, el Tribunal pone de relieve los inconvenientes que derivan de la falta de regulación precisa de este supuesto. En concreto, en el caso enjuiciado el juzgador de instancia había ordenado el cumplimiento de una parte extensa de la prisión y después el ingreso en un centro de deshabitación. Ello hizo que no se pudiera descontar este tiempo de internamiento de la condena de prisión impuesta en los dos tercios que permite la ley, puesto que la parte de pena que quedaba por cumplir no alcanzaba ya esa porción, al haberse ejecutado una fracción superior. Por lo tanto, la medida privativa de libertad suponía una sanción penal adicional, declarando la necesidad de que los órganos judiciales en caso de ordenar el ingreso en prisión antes de la medida, calculen la parte de la pena a ejecutar dejando dos tercios para poder deducir luego el tiempo de internamiento<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> SCHÖCH, Previos §§ 61 y ss., *Satzger/Schmitt/Widmaier StGB Kommentar*, 1ª ed., 2009, p. 552.

<sup>108</sup> “El Tribunal provincial condenó a cuatro años de prisión al acusado, como autor de un homicidio imprudente. Se acordó el internamiento obligatorio en un centro de deshabitación y se resolvió que la ejecución de la medida debería hacerse sólo después de que el acusado haya cumplido treinta y dos meses de la pena de prisión impuesta.

El recurso del reo está infundado, atendiendo al sentido del artículo 349 de la Ley procesal penal, en tanto se dirige contra el fallo de culpabilidad y contra la condena. La obligatoriedad de la ejecución previa de la pena antes de la medida de seguridad puede no persistir en algún caso. A este respecto, el Fiscal General afirmó en su Instrucción escrita de 6 de mayo de 2003:

“Según expresa el legislador en el § 67 párrafo 1 StGB como regla general, las medidas impuestas según el § 64 StGB se deben ejecutar antes de la pena. Esto se fundamenta en que el autor debe ser liberado lo más temprano posible de su dependencia, para que pueda colaborar luego en su destino en la institución penitenciaria y alcanzar el fin penal (compárese BGHSt 37, 160, 162). Sólo si la finalidad de la medida es, de esta manera, más fácil de lograr, podrá estar justificada, excepcionalmente, según § 67 párrafo 2 StGB, la ejecución previa de parte de la pena o, de ser precisa, de la totalidad de la

Estas consideraciones son de especial interés en nuestro ordenamiento porque, dado que el Proyecto de reforma prevé también el cómputo parcial de la medida respecto a la condena total de prisión e, igualmente, adopta disposiciones que permiten ejecutar la pena con carácter previo a la medida de internamiento.

#### ***4. Las medidas privativas de libertad en el Proyecto de reforma del Código penal***

##### **4.1. La «hegemonía» de la seguridad ciudadana: desaparición de los límites relativos a la pena**

Los cambios efectuados en el Proyecto en materia de medidas de seguridad son un elemento clave para el propósito que guía la reforma, según la Exposición de Motivos, de afianzar la confianza de los ciudadanos en la Administración de justicia y de responder a sus aspiraciones de equidad<sup>109</sup>, lo que en el fondo se traduce en un endurecimiento de la reacción penal. La normativa que se propone forma parte, pues, del consagrado como “*Derecho penal de la seguridad*”, en alusión a la tendencia predominante en las últimas décadas, tanto en los países anglosajones<sup>110</sup>

---

*pena. El criterio al que atender para ordenar primero el cumplimiento de la pena y para resolver la cuestión de qué extensión de la misma debe anticiparse a la medida, será el del interés en la rehabilitación del condenado.*

*Una alteración del orden sucesivo de cumplimiento ordinario puede estar justificado, para que así el internamiento derivado del § 64 vaya seguido inmediatamente de la liberación del reo a su medio natural, porque si tras el internamiento recae siempre, a continuación, la prisión se podrían poner en peligro los efectos positivos que la ejecución de la medida supusieron. En casos de ese tipo, el Juez penal debe demostrar con evidencias concretas de qué manera el éxito de la medida se pone en riesgo si se impone a continuación de ésta la pena de prisión y cómo podría influir esto en el condenado (compárese resolución del Tribunal Supremo alemán de 8 de septiembre de 1998 – 1 StR 384/98 – m. w. N.).”*

Estos requisitos se colman en la sentencia recurrida, pues el Tribunal provincial aconseja esa alteración en consonancia con las consideraciones sobre el caso individual, pues una aplicación anticipada de la prisión podría ser de interés para la rehabilitación del acusado. De esta forma, éste podrá ser puesto en libertad desde el mismo centro de rehabilitación. Tal vez el Tribunal provincial no ha considerado en su decisión que esto podría suponer aquí un mal penal adicional, porque la medida se ejecutaría después de que el acusado hubiera cumplido treinta y dos meses de prisión, y por lo tanto superadas las dos terceras partes de la pena de prisión que se le impuso.

Por otra parte, el Tribunal provincial ha negado anticipadamente al acusado el beneficio de la suspensión de la pena (compárese BGHR StGB § 67 Abs. 2 Vorwegvollzug, teilweiser 7, 11; BGH, Beschl. vom 1. August 1990 – 2 StR 271/90 – zitiert bei Detter NSTZ 1991, 278).

Si el resultado de la aplicación de esta previsión sigue siendo compatible con el interés de rehabilitación debería haber sido discutido. También debe tenerse en cuenta, en el fondo, que el tiempo de ejecución de la medida debe de ser proporcionado a la pena impuesta (§ 67 párrafo 4, frase 1 StGB) y por consiguiente, sería suficiente llevar a cabo un encarcelamiento anticipado que dure lo suficiente, de modo que su duración -a evaluar, a partir de los expertos- junto a la extensión previsible de la medida, extinga dos tercios de la pena (compárese BGH, Beschl. vom 22. September 1992 – 1 StR 632/92 –; Senatsbeschluss in BGHR StGB § 67 Abs. 2 Vorwegvollzug, teilweiser 15 m. w. N.)” (F.J.Único).

<sup>109</sup> De hecho, la Exposición de Motivos se abre con la siguiente frase: “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsible que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada; y la revisión de la regulación del delito continuado”. Puede verse una crítica en, GIMBERNAT ORDEIG, en EL MISMO, *Estado de Derecho y ley penal*, 2009, pp. 214 y s.

<sup>110</sup> Al respecto, CASTIÑEIRA PALOU/RAGUÉS I VALLÈS, «Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (14), 2004, pp. 59 y ss.; KEMSHALL/WOOD, «High-risk offenders and the public protection», en GELSTHORPE/MORGAN, *Handbook of probation*, 2007, pp. 381 y ss.; JANISKEE/ERLER, «Crime, punishment and Romero: an analysis of the case against California’s Three Strikes Law», *Duquesne Law Review*, (43), 2000; LARRAURI, «Control del delito y castigo en los Estados Unidos», *Jueces para la Democracia*, 1998; MAGUIRE/MORGAN/REINER, *The Oxford Handbook of*

como en los continentales, a priorizar en las reformas penales la seguridad y la tranquilidad de los ciudadanos, restando valor en algunos casos a las garantías del Derecho penal liberal. Esto, como ya he anticipado, es lo que a mi juicio sucede con la nueva regulación propuesta para las medidas privativas de libertad, donde se reducen los límites actuales, acentuando el papel de la peligrosidad del sujeto, cuyos elementos definidores se detallan con más minuciosidad.

Según se señala en la motivación del Proyecto, “se desarrolla de un modo coherente el principio conforme al cual el fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor; y se culmina la evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales”. En este segundo sentido, se amplía el campo de aplicación de la libertad vigilada, puesto que se extiende a un número mayor de delitos y se prevé con carácter adicional a las medidas de internamiento. No obstante, en la redacción original del Anteproyecto se regulaba la custodia de seguridad, como medida añadida a la pena de prisión y de cumplimiento posterior. Pero, esa nueva sanción, que había sido invalidada en la versión alemana por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recibió numerosas críticas también en nuestro sistema, particularmente del Consejo General del Poder Judicial, suprimiéndose, con acierto, en el Proyecto remitido a las Cortes<sup>111</sup>.

Con relación a la primera de las cuestiones, dice el texto, “se abandona definitivamente la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido: el límite de la gravedad de la pena viene determinado por la culpabilidad por el hecho; pero el límite de la medida de seguridad, por el contrario, se encuentra en la peligrosidad del autor”<sup>112</sup>.

A continuación, se subraya la previsión expresa de la obligación de optar por la medida menos grave de entre aquéllas que puedan resultar suficientes para prevenir la peligrosidad del autor, así como la introducción de mayores límites para la adopción y prórroga de la medida de internamiento. Pero, lo cierto es que el plazo máximo inicial de cinco años, previsto para los centros psiquiátricos y de educación especial, se puede ir prorrogando sucesivamente, si se estima peligroso el interno, haciendo ilimitadas estas medidas<sup>113</sup>.

Ese nuevo enfoque del sistema de medidas de seguridad, vertebrado sobre la peligrosidad concreta del autor, se materializa en el articulado del Código penal consagrado a esta materia.

Para empezar, se modifica el artículo 6.2 CP, determinando que “*las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*”. Se suprime, así, la primera cláusula, donde se dispone que no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la

---

*Criminology*, 2012, pp. 897 y ss.; MAQUEDA ABREU, «Políticas de seguridad y Estado de Derecho», *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, 2004, pp. 1295 y s.; y, WORRALL, «The effect of three-strikes legislation on serious crime in California», *Journal of Criminal Justice*, (32), 2004, pp. 283 y ss.

<sup>111</sup> ROIG TORRES, «La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Revista General de Derecho Penal*, (19), 2013.

<sup>112</sup> “Tal y como ha puesto de manifiesto gran parte de la doctrina desde la entrada en vigor del Código penal de 1995, y como reflejan las soluciones adoptadas en el Derecho comparado, las medidas de seguridad deben ser proporcionadas, no sólo a la gravedad del hecho delictivo cometido, sino también a la de aquéllos que se prevea que pudiera llegar cometer y, por tanto, a su peligrosidad”.

<sup>113</sup> Crítica esta posibilidad el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 126.

pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Esta omisión encabeza un conjunto de reformas dirigidas a desligar esta consecuencia penal de la pena imponible al delito realizado, en atención según se reitera al verdadero fundamento de esta sanción. A tenor de esa norma las medidas de seguridad podrían, en principio, ser más graves y durar más que la pena procedente.

Esta conclusión se confirma con otras disposiciones. En el artículo 95 CP, se elimina el apartado 2, a cuyo tenor “cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3”. Por lo tanto, el órgano judicial queda facultado para decretar la medida de internamiento aun cuando esa pena no fuera privativa de libertad<sup>114</sup>.

Por otra parte, en cuanto al límite temporal derivado de la pena, en la regulación específica de las medidas privativas de libertad contenida en el Proyecto (arts. 98 a 103 bis CP), deja de constar la frase indicando que “el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto”, hoy presente en los artículos 101, 102 y 103 CP para los inimputables. Igualmente, respecto a los semiimputables, desaparece la doble restricción contenida en el inciso segundo del artículo 104.1 CP, donde se determina que “la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito”. Únicamente en el caso de ingreso en centro de deshabitación se establece un tiempo máximo y se mantiene como tope en caso de prórroga la duración de la pena impuesta.

A la vista de estos cambios, cabe entender, pues, que el órgano judicial podrá acordar el internamiento cuando lo considere necesario atendiendo a la peligrosidad del infractor, aunque el delito no lleve aparejada una pena privativa de libertad. Sí se contemplan exigencias en este sentido, como vamos a ver, respecto a la gravedad de los delitos que previsiblemente cometa el sujeto, para los que se señala una pena mínima de prisión. Temporalmente todas las medidas de privación de libertad estarán acotadas, pero permitiendo su prórroga periódica hasta hacerlas indefinidas, salvo el ingreso en centro de deshabitación que en todo caso cuenta con un término insuperable.

El estricto margen hasta ahora concedido al Juez para resolver sobre medidas de seguridad, equiparándolo al que dispone respecto a las penas, por la evidente imposibilidad de precisar con certeza la peligrosidad criminal del infractor, se ha modificado diametralmente, supeditando la clase y duración de las medidas a este pronóstico. El Gobierno se ha hecho eco de las opiniones favorables a regularlas de forma autónoma a la pena en mérito a su distinto fundamento. Pero recordemos que, incluso muchos de quienes mantenían esta postura, consideraban conveniente establecer un máximo temporal.

---

<sup>114</sup> Así lo entendió el Consejo General del Poder Judicial, señalando que si bien es cierto que el artículo 95.2 CP reclama la proporcionalidad de la medida, entre otros con el hecho, nada impide que el ingreso en un centro psiquiátrico lo sea por hechos leves y por hechos sancionados, por ejemplo, con pena de multa; posibilidad que, en principio, se presenta como preocupante por su, a priori, desproporcionalidad. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 138. En igual dirección, el Dictamen 358/2013, del Consejo de Estado, sobre Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 27 de junio de 2013.

En realidad, la normativa contenida en el Proyecto parece inspirada en la legislación alemana. La derogación de los límites señalados en los preceptos anteriores se sustituye por algunas disposiciones genéricas que recuerdan a las de ese Derecho. En primer lugar, se recoge una previsión semejante a la contenida en el § 62 StGB, donde se plasma como vimos el principio de proporcionalidad. El artículo 95.2 CP reformado, dispone lo siguiente: *“La medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto”*<sup>115</sup>.

Por otra parte, el artículo 97 CP ordena optar por la medida menos gravosa: *“1. Cuando existan varias medidas igualmente adecuadas para prevenir de modo suficiente la peligrosidad del sujeto y solamente una de ellas resulte necesaria, se impondrá la que resulte menos grave. 2. Si resultan necesarias varias medidas para prevenir de modo suficiente la peligrosidad del sujeto, todas ellas podrán ser impuestas conjuntamente.”* Se sigue el § 72 StGB, añadiendo en el apartado segundo el visto bueno a la acumulación de medidas cuando sean indispensables para evitar la comisión de delitos.

A mi modo de ver, sin embargo, estos criterios no son suficientes para garantizar la correcta tutela de los derechos del afectado, desde el momento en que la combinación de esos elementos podría llevar a acordar una medida privativa de libertad aun no siendo la pena de esta clase. Precisamente, el ejemplo alemán hace temer una posible interpretación de la nueva norma en este sentido, al no constar la prohibición expresa de esa disparidad. En cualquier caso, la gravedad de la pena deja de ser el factor limitador y pasa a serlo la del delito cometido, un criterio mucho más impreciso y que concede un poder de decisión mucho más amplio al juzgador. De hecho, hemos visto que en el sistema alemán se atribuye una relevancia muy superior a los delitos previsibles, examinando los cometidos como un dato indicativo de la peligrosidad de la persona a la que se aplica la medida concreta. Lo que lleva a decretar el internamiento cuando los delitos esperables revisten cierta entidad, siempre que el hecho realizado meramente lo permite por no ser de gravedad escasa.

Lo mismo ocurre con la disposición actual que impide prolongar la medida por más tiempo que la pena, que se elimina en el texto de reforma, fijando en su lugar términos máximos de duración, pero diferibles por un periodo total indefinido, pudiendo durar de por vida, salvo el internamiento en centro de deshabitación.

Tanto una como otra consecuencia me parecen censurables desde el punto de vista del principio de intervención mínima, de la seguridad jurídica y de la propia dignidad del afectado.

En este sentido, al inicio adelantaba mi opinión favorable a la regulación del artículo 6 CP. Ciertamente, no se puede negar que la gravedad y la duración de la pena son límites extraños al

---

<sup>115</sup> “La inclusión en los términos de la ponderación de hechos no cometidos, sino presuntos, evoca a las denostadas medidas de seguridad predelictuales, cuya inconstitucionalidad fue declarada por el Tribunal Constitucional (STC 22/87 de 20 de febrero y 23/86 de 14 de febrero). Mas cuando no se hace ninguna referencia a la relación de esos futuros delitos con el hecho cometido y juzgado, lo que resulta esencial para un juicio de peligrosidad, que, en el Anteproyecto, parece atender a un estado o modo de ser del autor con abstracción del hecho concreto cometido, lo que atenta contra los principios más esenciales del Derecho Penal y de un Estado de Derecho”. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, pp. 136 y 137.

fundamento de las medidas de seguridad. Pero también es verdad que esas magnitudes se concretan en función de la entidad del hecho realizado por el sujeto, si bien al fallar su capacidad de culpabilidad no se le puede aplicar la pena, al menos íntegra. Por eso, se impone la medida de seguridad como consecuencia procedente para dicho delito. Sin embargo, esa referencia a la pena es el criterio limitador más preciso de los que se manejan y, a la vez, el que por su conexión con el comportamiento antijurídico, evita en lo posible el trato diferencial entre sujetos imputables e inimputables que cometen un mismo delito. Por otra parte, el hecho de ser la peligrosidad el motivo de la medida no obsta para establecer otras restricciones si, como sucede, el grado de fiabilidad del pronóstico no es suficiente como para legitimar esa reacción<sup>116</sup>. Así pues, en algunos supuestos la propia naturaleza de la enfermedad evidenciará casi con seguridad la futura realización de actos ilícitos, pero en otros el margen de error será demasiado elevado como para basar la decisión de internamiento exclusivamente en ese pronóstico. Todo ello, contando con los necesarios informes periciales. En estas circunstancias, no me parece plausible en nuestro Estado de Derecho regular la aplicación de una consecuencia penal que puede suponer una injerencia mayor en los derechos del infractor que la propia pena, atendiendo sólo a su presunta peligrosidad. Pensemos en el internamiento de una persona que tiene una patología de evolución variable, por un delito no castigado con pena privativa de libertad, sujetándolo a prórrogas repetidas. Por lo tanto, la peligrosidad no es un factor suficiente para impedir la desproporción de las medidas privativas de libertad. En cambio, otras soluciones que se proponen (establecer máximos en función de lo que suele durar la medida, de su naturaleza, etc.), amén de apartarse igualmente del fundamento de esta reacción, añaden un plus de inseguridad jurídica que no se da recurriendo a la pena.

No obstante, de acuerdo con la redacción del Proyecto, la medida de seguridad no sólo ha de ser proporcionada a la peligrosidad del sujeto, sino también a la gravedad del delito cometido, y a los que se prevea que pudiera llegar a cometer. Pero estos presupuestos añadidos no salvan tampoco los inconvenientes apuntados. De aprobarse el texto, la medida podrá suponer una restricción más importante, en comparación con la pena, respecto a los derechos del afectado, e igualmente su duración podrá ser mayor e incluso ilimitada, si se acuerda el ingreso en un centro psiquiátrico o de educación especial y ello aunque las posibilidades de curación sean nulas. Estas consecuencias no me parecen acomodadas a los principios y derechos constitucionales. ¿Se garantiza suficientemente la seguridad jurídica aun permitiendo la dilación de la privación de libertad en virtud de una prognosis incierta? ¿Se puede afirmar que se cumple debidamente el principio de intervención mínima? ¿Es este régimen el más acorde con la dignidad del enfermo? A la luz de la jurisprudencia constitucional posiblemente se salven todos estos aspectos, aunque no hay que olvidar que el Tribunal al justificar el internamiento permanente alude a su fin correctivo. Pero, a mi modesto entender, como he reiterado, hay otra solución más razonable en nuestro Estado de Derecho, consistente en remitir al enfermo a centros específicos de la sanidad civil.

---

<sup>116</sup> Véase, MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, 2/2014, pp. 3 y ss.

#### 4.2. El nuevo enfoque de las medidas en torno a la peligrosidad: previsión del internamiento ilimitado

En el Proyecto se introducen cambios estructurales en la regulación de las medidas de seguridad. En el Capítulo inicial -«De las medidas de seguridad en general»-, se recoge el catálogo de medidas y los presupuestos para su aplicación, pero se extraen las reglas de ejecución actualmente contempladas en los artículos 98 a 100 CP. Las normas de aplicación se incluyen en los respectivos apartados dedicados a las medidas privativas de libertad y a las de otra naturaleza, de modo que se prevé de forma conjunta el régimen jurídico de cada una de estas categorías, dedicando dos secciones separadas a esos dos bloques. Además, se dedica un precepto a cada medida de internamiento y en esas normas individuales se determina su aplicación tanto para la eximente completa como para la incompleta<sup>117</sup>.

La normativa genérica de las medidas privativas de libertad se contiene en los artículos 95 a 97 CP. El artículo 95 CP se adecúa a la nueva configuración centrada en la peligrosidad del infractor. En el apartado primero<sup>118</sup> se añade una tercera circunstancia, necesaria para aplicar cualquier medida, a saber: *“Que la imposición de una medida de seguridad resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto”*<sup>119</sup>. Además, se modifica el apartado segundo, eliminando la reserva de las medidas privativas de libertad para los delitos sancionados con penas de esta índole e incorporando la citada exigencia de proporcionalidad: *“La medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto.”*

En mi opinión, como decía, esta norma empeora la regulación actual por cuanto sustituye los criterios estrictos establecidos en el vigente artículo 6.2 CP y sus normas complementarias, por módulos mucho más vagos y que dan cabida al internamiento penal por tiempo ilimitado, además de permitir las medidas privativas de libertad por delitos no castigados con penas de esta naturaleza.

A continuación, el artículo 96 CP enumera las medidas de seguridad que pueden imponerse conforme a este Código. Según el apartado 1, *“Son medidas privativas de libertad: 1. El internamiento en centro psiquiátrico. 2. El internamiento en centro de educación especial. 3. El internamiento en centro de deshabitación”*. Sólo se aprecia un cambio de orden, pasando a tercer lugar la que hoy es segunda y se modifica la mención actual al centro educativo especial.

<sup>117</sup> Dentro del Título IV del Libro I, el Capítulo I se titula «De las medidas de seguridad en general» (arts. 95 a 97 CP) y el Capítulo II, bajo la rúbrica, «De la aplicación de las medidas de seguridad», comprende la Sección I -«De las medidas privativas de libertad»- (arts. 98 a 103 bis CP) y la Sección II «De las medidas no privativas de libertad» (arts. 104 a 108 CP).

<sup>118</sup> Este apartado se simplifica respecto a la redacción vigente, suprimiendo la referencia a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente.

<sup>119</sup> El Consejo General del Poder Judicial entendió que esta norma atenta contra el principio de subsidiariedad, pues la medida, en tanto consecuencia jurídica penal, deberá ser totalmente necesaria. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 136.

Por su parte, el artículo 97 CP recoge la preferencia antes enunciada respecto a la medida menos grave, cuando haya varias imponibles y a la posibilidad de aplicación conjunta cuando sean necesarias.

El artículo 98 CP se consagra al internamiento en centro psiquiátrico:

*“1. El Juez o Tribunal podrá acordar el internamiento en un centro psiquiátrico del sujeto que haya sido declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20, o al que le haya sido apreciada esa eximente con carácter incompleto, si tras efectuarse una evaluación exhaustiva del mismo y de la acción que llevó a cabo, existe base suficiente para concluir que, debido a su trastorno, es posible prever la comisión por aquél de nuevos delitos de gravedad relevante.*

*A estos efectos, se consideran delitos de gravedad relevante aquéllos para los que esté prevista la imposición de una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.*

*2. El internamiento se ejecutará en régimen cerrado cuando exista un peligro relevante de quebrantamiento de la medida o de comisión de nuevos delitos.*

*3. El internamiento en centro psiquiátrico no podrá tener una duración superior a cinco años, salvo que se acordare su prórroga.*

*Si, transcurrido dicho plazo, no concurren las condiciones adecuadas para acordar la suspensión de la medida y, por el contrario, el internamiento continúa siendo necesario para evitar que el sujeto que sufre la anomalía o alteración psíquica cometa nuevos delitos a causa del mismo, el Juez o Tribunal, a petición del Ministerio Fiscal, previa propuesta de la Junta de Tratamiento, podrá acordar tras un procedimiento contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el sometido a la medida, asistido por su abogado, la prolongación de la misma por períodos sucesivos de una duración máxima, cada uno de ellos, de cinco años.*

*En otro caso, extinguida la medida de internamiento impuesta, se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada, salvo que la misma no resultara necesaria.”*

El artículo 99 CP, siguiendo idéntico patrón, regula la medida de internamiento en centro de educación especial para las personas que sufren alteraciones en la percepción:

*“1. El Juez o Tribunal podrá acordar el internamiento en un centro educativo especial del sujeto que haya sido declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 3º del artículo 20, o al que le haya sido apreciada esa eximente con carácter incompleto, si tras efectuarse una evaluación exhaustiva del mismo y de la acción que llevó a cabo, exista base suficiente para concluir que, debido a su trastorno, es posible prever la comisión por aquél de nuevos delitos de gravedad relevante.*

*2. En estos casos será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 y en los apartados 2 y 3 del artículo anterior”.*

Son muchas las novedades que incorporan estos preceptos. Se declara procedente el internamiento cuando se aprecien las circunstancias señaladas, bien como eximente completa o como incompleta, acabando con la separación normativa en función de estos efectos<sup>120</sup>. No obstante, la forma de ejecución en los casos de concurrencia de pena y medida privativa de libertad, se desarrolla en el artículo 101 CP.

<sup>120</sup> El artículo 101 CP vigente dispone que, al sujeto declarado exento de responsabilidad criminal conforme al nº 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesario, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un centro adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie. El artículo 102 CP prevé, para los exentos de responsabilidad penal conforme al nº 2 del artículo 20, la medida de internamiento en centro de deshabitación. Y el artículo 103 CP, respecto a los declarados exentos de responsabilidad conforme al nº 3 del artículo 20, el internamiento en un centro educativo especial. Por su parte, el artículo 104 CP contempla la aplicación de esas mismas medidas para los casos en que las respectivas eximentes se aprecien como incompletas.

La aplicación de la medida se condiciona a la peligrosidad del sujeto, especificando los elementos que debe observar el juzgador para efectuar el pronóstico. Ha de hacer una evaluación exhaustiva del sujeto y de la acción que llevó a cabo, para ver si debido a su trastorno es posible prever que cometa nuevos delitos de gravedad relevante. El presupuesto actual consistente en autorizar la medida sólo “si fuere necesaria”<sup>121</sup>, se amplía, indicando los factores a ponderar. A estos efectos ganan importancia los informes que, de acuerdo con el artículo 95 CP, puede solicitar el órgano judicial, de los que difícilmente podrá prescindir tratándose de anomalías psíquicas o alteraciones en la percepción, en las que el Juez normalmente es profano y que habrá de recabar de peritos médicos o psicólogos. Nótese que la acción realizada juega aquí como elemento definidor del peligro de reiteración delictiva. En cambio sí se precisa la dimensión de los delitos esperables, que habrán de revestir “gravedad relevante”, entendiendo por tales “aquéllos para los que esté prevista la imposición de una pena máxima igual o superior a tres años de prisión”. No obstante, esta disposición se complementa con el apartado segundo del artículo 95.2 CP, donde se prescribe que la medida ha de ser proporcionada a la gravedad del delito cometido. Aunque, como he dicho, en esta norma se debería mantener el criterio actual y exigir que ese hecho esté castigado también con una pena privativa de libertad, para impedir el internamiento de personas por razón de su enfermedad mental por delitos que no permitirían restringir ese derecho fundamental si se tratara de alguien sano.

Se añade, además, que el internamiento se ejecutará en régimen cerrado cuando exista un peligro relevante de quebrantamiento de la medida o de comisión de nuevos delitos, plasmando así la normativa penitenciaria que permite restringir la libertad únicamente cuando el estado de salud lo requiera<sup>122</sup>.

En principio, la duración de esas medidas será como máximo de cinco años, pero se prevé la prolongación por periodos sucesivos de igual duración, con las garantías de contradicción indicadas<sup>123</sup>, de manera que estas prórrogas pueden ir sumándose mientras exista riesgo de comisión de nuevos delitos de la seriedad expresada. Además, a diferencia de los tratamientos de deshabitación, no es necesario que exista expectativa alguna de curación ni tan siquiera de mejora de la salud del afectado. Piénsese en el amplio abanico de enfermedades consideradas irreversibles en la ciencia psiquiátrica y que pueden motivar una privación de libertad definitiva. Pues bien, aquí reside a mi juicio una de las mayores deficiencias de la nueva normativa que se propone.

Bajo la legislación actual, la doctrina ha debatido acerca de la constitucionalidad de aplicar medidas de seguridad con fines puramente asegurativos, cuando no es viable la reeducación y la reinserción social proclamadas en el artículo 25.2 CE al tratarse de personas con escasas o nulas

---

<sup>121</sup> Artículos 101, 102 y 103 CP.

<sup>122</sup> El Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario, en el artículo 188, ubicado en el Capítulo VII -«Internamiento en un establecimiento o unidades psiquiátricas penitenciarias»-, dispone lo siguiente: “Las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquél o del éxito del tratamiento”.

<sup>123</sup> En el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal, no se contemplaba este procedimiento contradictorio, lo que dio lugar a las críticas del Consejo General del Poder Judicial. Véase el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 133.

posibilidades de tratamiento. Algunos autores han entendido que una medida meramente inocuizadora es contraria al mandato constitucional<sup>124</sup>, mientras otros mantienen su adecuación, siempre que se haga lo posible por conseguir esas metas<sup>125</sup>. En la normativa del Proyecto se añade, además, un efecto pernicioso, habida cuenta que la privación de libertad puede durar toda la vida si pervive la peligrosidad.

Pues bien, en mi opinión, se ha de partir de la interpretación de ese precepto efectuada por el Tribunal Constitucional, señalando que esos objetivos constituyen un criterio orientador de la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas y no un fin ineludible de las mismas<sup>126</sup>. Desde este prisma, las medidas citadas parecen tener cabida en nuestro sistema, siempre que se acompañen de los tratamientos más idóneos a la patología particular. Pero, al menos personalmente, me resulta rechazable desde el punto de vista ético la idea de encerrar a una persona incapaz a perpetuidad, bajo un régimen penal, para defendernos a los demás ciudadanos de las eventuales reacciones que pueda producir su enfermedad. La denunciada realidad actual, donde la escasez de establecimientos psiquiátricos penitenciarios lleva a ordenar el ingreso en las unidades psiquiátricas de las propias prisiones, debería llevar al legislador a considerar la remisión de esas personas a los centros dependientes del Ministerio de Sanidad, arbitrando los medios necesarios y creando los centros pertinentes. Esta solución me parece mucho más acorde con los principios constitucionales<sup>127</sup>.

El propio legislador de 1995 parecía decantarse por una respuesta no punitiva, incluso en ese momento en que las medidas de seguridad estaban rigurosamente acotadas por la gravedad y duración de la pena. Como adelantaba al principio, en la Disposición Adicional 1ª del Código penal se ordena lo siguiente: *“Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil”*.

---

<sup>124</sup> Así, Urruela Mora considera que toda medida de seguridad deberá estar dirigida hacia la reeducación y la reinserción social, por expreso mandato constitucional, por lo que *ab initio* no puede aparecer como absolutamente desligada de dichos fines. URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, 2009, pp. 18 y ss.

<sup>125</sup> Argumenta Cerezo Mir que, “el mandato constitucional de que las medidas de seguridad estén orientadas hacia la reeducación y la reinserción social (art.25.2) implica la exigencia de que nunca deje de prestarse atención, ni se regateen esfuerzos para tratar de conseguir la reeducación y la reinserción social de los delincuentes peligrosos. No puede interpretarse en el sentido de que sean anticonstitucionales las medidas de seguridad cuyo fin primordial sea el aseguramiento de la sociedad, o la aplicación de cualquier medida cuando las posibilidades de reeducación o reinserción social sean escasas”. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 6ª ed., 2004, p. 38 (cita 91).

<sup>126</sup> El Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 25.2 CE no contiene “un derecho fundamental de la persona..., sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria”. ATC 15/1984, de 11 de enero (F.J.Único). En igual dirección, las SSTC 2/1987, de 21 de enero y 150/1991, de 4 de julio.

<sup>127</sup> Como señala Jorge Barreiro, el principio de proporcionalidad aplicado al ámbito de las medidas de seguridad llevará consigo las consecuencias siguientes: la medida de seguridad no debe ser aplicada cuando no resulte necesaria para una tutela adecuada y suficiente de los bienes jurídicos frente a la peligrosidad criminal del sujeto, ya sea porque existen otras medidas penales menos gravosas para los derechos fundamentales de afectado, o bien porque hay otras medidas extrapenales menos onerosas que puedan cumplir con la función de prevenir la peligrosidad criminal del sujeto. JORGE BARREIRO, en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 580.

No me queda más que reiterar que, una vez rebasado el tiempo de la pena, lo coherente incluso desde el punto de vista de la dignidad del interno, es remitirlo a la sanidad ordinaria y darle el tratamiento que corresponda a su enfermedad. En este sentido, la realidad demuestra que por muchos esfuerzos que se desplieguen en los establecimientos y unidades psiquiátricas penitenciarias, para intentar un régimen lo más asimilado posible al de un centro médico común, esta equiparación no se consigue, empezando por el propio entorno donde se desenvuelve el tratamiento, al estar ubicadas esas unidades en las propias prisiones<sup>128</sup>. Por eso, la nueva normativa y, sobre todo, la ampliación del plazo de internamiento, debería ir acompañada de la creación de los centros idóneos.

Para concluir, dice el artículo 98 CP que una vez extinguida la medida de internamiento impuesta, se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada, salvo que la misma no resultara necesaria. La obstinación por aportar seguridad a los ciudadanos lleva a establecer una nueva medida a continuación de la de internamiento como regla general, en vez de contemplarla como posibilidad para los casos en que se considere imprescindible. Previsión que supone cierta contradicción, habida cuenta que se permite la prolongación del internamiento mientras se aprecie una peligrosidad relevante. Si este riesgo cesa hasta el punto de acordarse la salida del centro, carece de sentido la sumisión automática a vigilancia salvo en algún supuesto de persistencia de un cierto peligro para bienes fundamentales. De esta forma, es presumible que el órgano judicial a la vista de esa disposición tienda a imponerla, sin asumir el riesgo de que al salir del centro el sujeto cometa nuevos hechos delictivos. Por otra parte, en el plano puramente pragmático me suscita dudas que verdaderamente se asignen los medios económicos necesarios para afrontar todas esas reformas.

El artículo 100 CP se dedica al internamiento en centro de deshabitación:

*“1. El Juez o Tribunal podrá acordar el internamiento en un centro de deshabitación del sujeto que haya cometido un delito a causa de su grave adicción al alcohol, a las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, y se prevea que se pueda evitar así que cometa nuevos delitos. Esta medida solamente se impondrá cuando existan indicios que permitan fundar la expectativa razonable de que el sujeto superará su adicción mediante el tratamiento o, al menos, de que durante un período de tiempo relevante no recaerá en el consumo de aquellas sustancias y no cometerá nuevos delitos motivados por el mismo.*

*Si el sujeto no hubiera sido declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 3º del artículo 20, y tampoco le hubiera sido apreciada esa eximente con carácter incompleto, esta medida solamente podrá ser impuesta con su consentimiento.*

*2. El tratamiento se llevará a cabo en un establecimiento especializado o, si resulta necesario, en un hospital psiquiátrico. En cualquier caso, su régimen y contenido se ajustará a las circunstancias concretas del sujeto y a su evolución.*

*3. El internamiento en centro de deshabitación no podrá, por regla general, tener una duración superior a dos años. Este período comenzará a computarse desde el inicio del internamiento y podrá prorrogarse hasta el límite constituido*

---

<sup>128</sup> La propia Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Ambiente, en la Instrucción de 16 de noviembre de 2011, sobre cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la Administración Penitenciaria, aludía al “hecho incontestable de que el grueso de la cultura de la gestión penitenciaria se encuentra orientada a la ejecución de penas y no de medidas privativas de libertad impuestas a un mismo interno en uno o en varios procesos penales”. Puede verse una crítica respecto a la precariedad de las instalaciones destinadas a albergar a los internos en, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2004, p. 504.

*por la duración de la pena de prisión que hubiera sido impuesta o un máximo de cinco años, cuando no se hubiera impuesto ninguna pena”.*

Se ha reproducido aquí el esquema alemán, declarando procedente la medida tan solo cuando existan expectativas respecto a la superación de la adicción o al menos de la ausencia de consumo durante un tiempo, evitando el retorno a la actividad delictiva por este motivo. Veíamos que en ese sistema se ha establecido una acusada separación entre esta medida y el internamiento en centro psiquiátrico, al asignar al de toxicómanos un fin correctivo, frente al de aseguramiento respecto a las personas con alteraciones mentales. Este mismo criterio se ha seguido en el texto de reforma, requiriendo un mínimo de eficacia para poder someter al adicto a tratamiento.

Se incorpora, no obstante, la posibilidad de que el penado ingrese voluntariamente en uno de estos centros para superar su adicción, cuando no se le aplique la eximente completa o incompleta. Parece, por tanto, que se está pensando en los supuestos en que se aprecia la atenuante del artículo 21.2 CP. Esta es la novedad, sin duda, más elogiada de todas las previstas en sede de medidas de internamiento, aunque nuevamente soy escéptica respecto a la asunción por parte de la Administración de los costes de esos tratamientos, si verdaderamente tienen una demanda práctica importante.

En cuanto al lugar donde deberá aplicarse el tratamiento, se sustituye la alusión actual del artículo 102 CP al centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, por la del establecimiento especializado, autorizando el internamiento en un hospital psiquiátrico, si bien con sujeción al régimen determinado en este precepto. La dificultad práctica de esta medida es la carencia de centros específicos adecuados para aplicar el tratamiento, lo que ha motivado la remisión a las unidades psiquiátricas de los establecimientos penitenciarios, con los inconvenientes apuntados. Estamos de nuevo ante un problema de dotación de medios, que es necesario solventar.

Como regla general, el internamiento no podrá exceder de dos años, aunque se permite alargarlo hasta el máximo de la duración de la pena que hubiera sido impuesta, esto es, de la pena concreta o, si por haberse apreciado la intoxicación como eximente completa, no se hubiera decretado ninguna, ese término será de cinco años. La pena sigue actuando como límite temporal en los casos de condenados semiimputables, siguiendo la senda del Derecho alemán, que adopta esta norma en tanto la medida de internamiento cuente como tiempo de cumplimiento de la pena. En el Proyecto este cómputo se contempla también en el artículo 101 CP. No obstante, a diferencia del Código penal germano, en este texto se establece un término de cinco años para los casos de personas inimputables a las que no se les hubiera condenado. Parece entonces que el tratamiento deberá finalizar como mucho a los dos años, aunque excepcionalmente si se estima imprescindible para evitar la comisión de delitos y el tratamiento revela cierta efectividad, podrá extenderse hasta el término de la pena impuesta o, si se hubiera eximido de responsabilidad penal al acusado, hasta cinco años.

Sin embargo, a diferencia de las medidas anteriores no se menciona la acción realizada como parámetro para medir la peligrosidad, ni se indica la gravedad que deberán tener los delitos previsibles. En cambio, se hace hincapié en la eficacia preventiva del tratamiento y en su

duración. Por lo tanto, la única condición en cuanto a los delitos ejecutados para adoptar la medida es la proporcionalidad que deriva del artículo 95.2 CP. No se circunscribe el internamiento a los delitos castigados con pena privativa de libertad y ni siquiera se requiere como en los artículos precedentes una concreta entidad en cuanto a los previsibles. De todos modos, en caso de ver la luz esta norma los Tribunales deberían distanciarse de la interpretación mantenida por la jurisprudencia germana, centrada en los delitos esperables, valorando los realizados principalmente a efectos de la peligrosidad, y restringir este internamiento, atendiendo al artículo 95.2 CP, a los delitos sancionados con pena de privación de libertad.

Por otra parte, no se prevé la aplicación de la libertad vigilada al finalizar el tratamiento, a diferencia de las demás medidas privativas de libertad.

El artículo 101 CP reformado contiene normas de ejecución:

*“1. Cuando se impongan al tiempo una pena de prisión y una medida de internamiento de las reguladas en los artículos 98, 99 ó 100 del Código penal, la medida de seguridad se ejecutará antes que la pena. El tiempo de cumplimiento de aquélla se abonará como tiempo de cumplimiento de la pena hasta el límite de las tres cuartas partes de la duración de la misma.*

*En estos casos, una vez alzada la medida, el Juez o Tribunal podrá suspender la ejecución del resto de la pena, si con ella se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la ejecución de la medida, y resultara procedente conforme a una valoración ajustada a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 90.1 del Código penal. En este caso será de aplicación lo dispuesto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 90.*

*2. Si se hubieran impuesto al tiempo una pena de más de cinco años de prisión y una medida de internamiento del artículo 100 del Código penal, el Juez o Tribunal podrán acordar que se cumpla en primer lugar una parte de la pena, y seguidamente la medida de seguridad. En este caso, la parte de la pena que debe ser cumplida en primer lugar se fijará de modo tal que, sumado el tiempo de duración de la medida de seguridad, se hayan extinguido dos terceras partes de la pena total impuesta. Una vez alzada la medida, el Juez o Tribunal, podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.*

*3. Si se hubieran impuesto conjuntamente una pena de prisión y una medida de libertad vigilada, aquélla se ejecutará en primer lugar.*

*4. Si hubieran transcurrido más de dos años desde la firmeza de la resolución en la que se hubiera impuesto una medida de internamiento de los artículos 98 ó 99 del Código penal sin que se hubiera dado inicio a su ejecución, éste se condicionará a la verificación por el Juez o Tribunal de la concurrencia de los presupuestos que hacen necesaria la medida”.*

De estas reglas quiero destacar algunos aspectos. En primer lugar, deja de contarse la totalidad del tiempo de internamiento como cumplimiento de la pena y siguiendo una vez más el ejemplo alemán, se computa tan sólo un periodo, que en el Proyecto es de las tres cuartas partes, frente a los dos tercios de ese ordenamiento. Parece mantenerse una cuota *retributiva*, que el condenado no puede cancelar con la medida, de suerte que la privación de libertad cumplida en esa porción que resta de un cuarto de la pena se añadirá a ésta, salvo que se acuerde su suspensión. Se produce un palmario “fraude de etiquetas” incompatible con el principio *non bis in ídem* cuando efectivamente se cumplan las dos sanciones. Cabe recordar en este sentido lo dicho en la STC 23/1986, de 14 de febrero, sobre la inviabilidad de hacer concurrir penas y medidas sobre un mismo hecho, bajo el escudo del diferente fundamento de ambos castigos.

Por otra parte, se permite el cumplimiento de una parte de la pena antes de la medida. No obstante, a diferencia del Código penal alemán, esta previsión se limita al internamiento en centro de deshabitación y no es obligatoria, cuando lo aconseje el fin de la medida, sino facultativa. Además, en este supuesto la pena de prisión impuesta ha de ser de cinco años y no de tres como en aquel texto. Asimismo, se salvan los inconvenientes señalados por el Tribunal Supremo alemán, al indicarse que la parte de la pena que debe ser cumplida en primer lugar se ha de fijar de tal modo que, sumado el tiempo de la medida, se hayan extinguido dos terceras partes de la pena total impuesta, garantizando que esta proporción se descuenta siempre. Pero, se advierte un desajuste respecto al apartado 1, porque en éste se prevé que el tiempo de la medida que se abonará de la pena será de tres cuartos, mientras en el apartado 2 se habla de dos tercios. Posiblemente se trata de un *lapsus* de los redactores del Proyecto, quizá influidos por el estándar alemán. Sin embargo, no creo que el sentido de esta disposición resida, como se argumenta en ese sistema, en permitir el acceso directo a la libertad tras el tratamiento, puesto que en caso de ejecutarse previamente la medida se permite suspender la ejecución de la pena que falte por cumplir. Advierto más bien un fin de castigo en consonancia con el propósito expresado en el Proyecto de satisfacer la demanda social de justicia.

En efecto, no veo porqué una persona que según la sentencia necesita ser internada para su deshabitación, deba ser enviada antes a la cárcel, con los evidentes perjuicios que tanto la estancia en ella como el aplazamiento del tratamiento pueden reportarle. Si lo que se quiere evitar es la entrada en la prisión, puede optarse por suspenderla. Me parece que se desnaturaliza el fin preventivo general en su vertiente positiva<sup>129</sup>, al que alude la Exposición de Motivos del Proyecto como piedra angular de las reformas<sup>130</sup>, y pasa a ser objetivo prioritario aplacar la alarma social que provocaría la salida de prisión de determinados delincuentes, sexuales y asesinos básicamente, con patologías psiquiátricas, teniendo en cuenta el tratamiento de esas noticias en los medios de comunicación. La reflexión siguiente sería hasta dónde alcanza esa influencia mediática, si como declara el Ministro del Interior el índice de criminalidad en nuestro país se encuentra entre los más bajos de la Unión Europea<sup>131</sup>.

Como nota común a todas las clases de internamiento, se contempla la posibilidad de suspender la ejecución del resto de la pena una vezalzada la medida, con remisión al artículo 90 CP, en sintonía con la nueva configuración de la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la ejecución penal. Pero, en caso de acordarse la suspensión, se aplicará siempre una medida de libertad vigilada.

---

<sup>129</sup> Dice Feijoo Sánchez que “la finalidad legítima de la pena no puede consistir en ejercitar fidelidades a la norma o concienciar a los miembros de la sociedad, sino solo en seguir manteniendo la validez de la norma, teniendo ello una función orientadora para todo el que esté interesado en vivir respetando las normas”. FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del Derecho penal y realidad social*, 2007, p. 267

<sup>130</sup> La importancia de este fin se advierte en otras normas. Por ejemplo, el apartado 4 del artículo 80 del Código penal, en la redacción del Proyecto dispone lo siguiente: “No se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

<sup>131</sup> En la presentación del Balance de Criminalidad del año 2013 el Ministro del Interior señaló que las infracciones penales habían descendido un 4’3% respecto al año anterior y que la tasa de criminalidad en España se mantiene entre las más bajas de la Unión Europea, ([www.lamoncloa.gob.es](http://www.lamoncloa.gob.es)).

Así pues, la operatividad de esta última medida varía según la clase de internamiento y la fase en que se acuerde. Debe imponerse, salvo que no resulte necesaria, cuando se extinga el internamiento en centro psiquiátrico o de educación especial (arts. 98.3 párrafo tercero, y 99.2 CP). No se prevé, en cambio, una disposición similar en el artículo 100 CP para la finalización del ingreso en centro de deshabitación. No obstante, en la regulación de la medida de libertad vigilada se establece con carácter general la posibilidad de decretarla cuando se haya resuelto el cese de una medida de seguridad privativa de libertad, siendo obligada cuando se precise para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos<sup>132</sup>. En esta sede no se limita la libertad vigilada a las dos primeras medidas de internamiento, lo que da pie a pensar que también al finalizar el tratamiento de deshabitación podría aplicarse. En el Derecho alemán la supervisión rige para las dos medidas privativas de libertad previstas. En cambio, a tenor del Proyecto, en los casos de suspensión de cualquiera de las medidas internamiento, la libertad vigilada es obligada<sup>133</sup>. La duración máxima será de cinco años, pero podrá prorrogarse por plazos sucesivos de igual extensión si se hubiera impuesto durante la suspensión del internamiento y el sujeto hubiese incumplido las obligaciones y condiciones establecidas, evidenciando un riesgo relevante de comisión de nuevos delitos<sup>134</sup>.

Pero, en materia de ejecución de las medidas privativas de libertad se añaden, además, otras novedades. Las competencias dejan de estar en manos del Juez o Tribunal sentenciador y se atribuyen al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en coherencia con su definición como Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (art. 94 LOPJ)<sup>135</sup>, con la gestión de las medidas de internamiento por la propia Administración penitenciaria<sup>136</sup> y con la consiguiente proximidad al interno<sup>137</sup>. Dicho órgano debe revisar si se mantienen las circunstancias, con una periodicidad semestral en el caso de internamiento en centro de deshabitación y anual en los otros dos. Pero se modifican las resoluciones que podrá adoptar: mantener la ejecución de la medida, decretar su cese, o suspender su ejecución con imposición de la libertad vigilada por un máximo de cinco años<sup>138</sup>. No se contempla la eventual sustitución por otra que se estime más adecuada.

---

<sup>132</sup> Artículo 104.2 CP: El Juez o Tribunal “podrá imponer una medida de libertad vigilada en los siguientes casos: 2º Cuando se haya acordado el cese de una medida de seguridad privativa de libertad”.

Artículo 104.3: “El Juez de Vigilancia Penitenciaria impondrá el cumplimiento de una medida de libertad vigilada en los siguientes casos: b) Cuando se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que se hubiera impuesto o se decrete su cese, y resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos”.

<sup>133</sup> Artículos 102.1 c) y 104.3 a) CP.

<sup>134</sup> Artículos 102.1 c) y 104 ter 2 b) CP.

<sup>135</sup> De esta opinión, el Dictamen 358/2013, del Consejo de Estado, sobre Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 27 de junio de 2013.

<sup>136</sup> En este sentido, el RD 840/2011, de 17 de junio, estableció la competencia expresa de la Administración penitenciaria para la ejecución de las medidas privativas de libertad de internamiento en establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria, siendo en este caso de aplicación lo dispuesto en los artículos 183 a 191 del Reglamento penitenciario vigente (arts. 21 y 22). No se contemplaban previsiones semejantes, sin embargo, respecto a las otras medidas de internamiento. Pero, la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Ambiente, dictó la Instrucción de 16 de noviembre de 2011, estableciendo unas directrices comunes a todas las medidas de esa naturaleza para facilitar la gestión penitenciaria.

<sup>137</sup> La atribución de competencias en materia de ejecución al Juez de Vigilancia Penitenciaria había sido sugerida por la doctrina. Puede verse, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, pp. 653 y s.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 390; y, SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, v. I, 1996, p. 543.

<sup>138</sup> Artículo 102 CP: “1. El Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, en cualquier momento durante la ejecución de la medida, verificar si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición y adoptar alguna de las

Igualmente, podrá revocarse la decisión de suspender la ejecución de la medida en los siguientes supuestos: comisión de un nuevo delito, incumplimiento grave de las obligaciones y condiciones impuestas en la libertad vigilada, o infracción reiterada del deber de comparecer y facilitar información al funcionario encargado del seguimiento del cumplimiento de la medida. Asimismo, podrá dejarse sin efecto la suspensión si se conocen circunstancias ignoradas en el momento de otorgarla, o por un cambio en las que llevaron a su concesión<sup>139</sup>.

Finalmente, se prevé el ingreso temporal del sometido a internamiento en centro psiquiátrico, si durante la libertad vigilada acordada al suspenderse la medida se aprecia un empeoramiento grave en su salud mental, pero sin concurrir las circunstancias que justifican la revocación de la suspensión. En tal caso a la salida del centro el sujeto seguirá cumpliendo la medida no privativa de libertad<sup>140</sup>.

## 5. Bibliografía citada

ALONSO RIMO (2009), «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, pp. 107 a 139.

---

siguientes resoluciones: a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta. b) Decretar el cese de la medida, cuando su finalidad haya sido conseguida y su ejecución ya no resulte necesaria. c) Suspender la ejecución de la medida. En este caso, se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años. 2. El Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá resolver conforme al apartado anterior con una periodicidad máxima semestral, en el caso del internamiento en centro de deshabitación; y un año, en el caso del internamiento en centro psiquiátrico o de educación especial. 3. El Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá fijar, en su resolución, un plazo de revisión inferior; o podrá determinar un plazo, dentro del plazo máximo fijado en el apartado anterior, dentro del cual no se dará curso a las peticiones de revisión presentadas por la persona sujeta a la medida”.

<sup>139</sup> Artículo 103 CP: “1. El Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá revocar la suspensión de la ejecución de la medida privativa de libertad cuando ello resulte necesario para asegurar los fines de la medida a la vista de la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) El sometido a la medida cometa un nuevo delito. b) Incumpla gravemente las obligaciones y condiciones que hubieran sido impuestas en la libertad vigilada. c) Incumpla reiteradamente su deber de comparecer y facilitar información al funcionario encargado del seguimiento del cumplimiento de la medida. 2. También podrá acordarse la revocación de la suspensión cuando se pongan de manifiesto circunstancias que habrían llevado a denegar la suspensión de la medida de haber sido conocidas en el momento en que ésta fue acordada, o cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada. El Juez de Vigilancia Penitenciaria acordará la revocación de la suspensión a petición del Ministerio Fiscal, previa audiencia al sujeto a la medida, realizadas las comprobaciones y recabados los informes que resulten necesarios. En todo caso, cuando existan razones de urgencia podrá ordenar, a petición del Ministerio Fiscal, la revocación inmediata de la suspensión. En estos casos, ratificará o reformará su decisión después de haber procedido conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior. 3. La duración del internamiento en su conjunto no podrá exceder del límite legal de duración máxima de la medida, sin perjuicio de que el mismo pudiera haber sido prorrogado conforme al artículo 98.3. 4. Ejecutada la medida de libertad vigilada sin que hubiera sido acordada la revocación de la suspensión, quedará extinguida la medida de internamiento inicialmente impuesta”.

<sup>140</sup> Artículo 103 bis: “1. Si durante el cumplimiento de una medida de libertad vigilada que hubiera sido impuesta al suspenderse la ejecución de una medida de internamiento en centro psiquiátrico se pusiera de manifiesto un empeoramiento grave en la salud mental de la persona sujeta a la medida, el Juez o Tribunal podrán acordar, con la finalidad de evitar una revocación de la medida, su internamiento en un centro psiquiátrico por un plazo máximo de tres meses que podrá ser prorrogado por tres meses más. 2. En este caso, la duración del internamiento en su conjunto tampoco podrá exceder del límite legal de duración máxima de la medida, sin perjuicio de que el mismo pudiera haber sido prorrogado conforme al artículo 98.3”.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (2004), *Curso de Derecho penal. Parte general*, Ediciones Experiencia, Barcelona.

BUSTOS RAMÍREZ (2007), «Seguridad ciudadana y seguridad jurídica», *«Universitas vitae». Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 93 a 99.

CAIRNS (2013), «The legal aid, sentencing and punishment of offenders Act 2012: the significant changes», *Probation Journal*, (60-2), pp. 177 a 189.

CANCIO MELIÁ (2006), «¿"Derecho penal" del enemigo?», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Navarra, pp. 57 a 102.

CASTIÑEIRA/RAGUÉS (2004), «Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 14, pp. 59 a 85.

CEREZO MIR (1996), «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995», *Diario La Ley*, t. III, pp. 373 a 395.

- EL MISMO (2004), *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 6ª ed., Tecnos, Madrid.

- EL MISMO (2008), «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incriminar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», *Revista Penal*, nº 22, pp. 16 a 21.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999), *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (2011), en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CUERDA ARNAU (1997), «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Universitat de Valencia, Institut de Criminología, Valencia, pp. 447 a 491.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (1988), «El enajenado y su tratamiento jurídico-penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, pp. 465 a 502.

DÍEZ RIPOLLÉS (2003), «La nueva política criminal española», *Eguzkilore*, nº 17, pp. 65 a 87.

FEIJOO SÁNCHEZ (2001), «Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000», *Revista de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 9 a 70.

- EL MISMO (2007), *Normativización del Derecho penal y realidad social*, Universidad Externado de Colombia.

FISCHER (2012), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59ª ed., C. H. Beck, Munich.

FRISCH (1990), «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (102), pp. 343 y ss.

GARCÍA ALBERO (2011), en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona.

GARCÍA ARÁN (1997), *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2012), *Introducción al Derecho penal*, Vol. I, 5ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

GIMBERNAT ORDEIG (2009), «La insostenible gravedad del Código penal», *Estado de Derecho y ley penal*, La Ley.

GRACIA MARTÍN (2006), en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- EL MISMO (2008), «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho», en GARCÍA VALDÉS (coord.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, p. 975 a 1003.

- EL MISMO (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra.

HASSEMER (1992), «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV, p. 235 a 250.

- EL MISMO (2008), «Líneas de desarrollo del Derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad», en GARCÍA VALDÉS (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, p. 371 a 388.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE (2012), *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

JANISKEE/ERLER (2000), «Crime, punishment and Romero: an analysis of the case against California's Three Strikes Law», *Duquesne Law Review*, nº 43, ([www.claremont.org](http://www.claremont.org)), p. 43.

JESCHECK (1993), *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada.

JORGE BARREIRO (2000), «El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, pp. 177 a 222.

- EL MISMO (2001), «Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho», *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, pp. 143 a 192.

- EL MISMO (2005), «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 JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Pamplona, pp. 567 a 586.

- EL MISMO (2006), *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid.

- EL MISMO (2010), «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 (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 599 y 600.

JORGE BARREIRO/BACIGALUPO SAGGESE (2012), en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.). *Introducción al Derecho penal*, Civitas, Navarra, pp. 321 a 354.

KEMSHALL (2002), «Risk, public protection and justice», en WARD/SCOTT/LACEY, *Probation: working for justice*, Oxford University Press, pp. 95 a 109.

KEMSHALL/WOOD (2007), «High-risk offenders and the public protection», en GELSTHORPE/MORGAN, *Handbook of probation*, Willan Publishing, U.K, pp. 381 a 397.

KÜHL (2011), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., C. H. Beck, Munich.

LARRAURI (1998), «Control del delito y castigo en los Estados Unidos», *Jueces para la Democracia*, (dialnet.uniroja.es), pp. 85 a 88.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2005), «Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho sancionador», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Pamplona, pp. 587 a 625.

MAGUIRE/MORGAN/REINER (2012), *The Oxford Handbook of Criminology*, University Press, Oxford.

MAPELLI CAFFARENA (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona.

MAQUEDA ABREU (2004), «Políticas de seguridad y Estado de Derecho», en PÉREZ ÁLVAREZ (coord.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, pp. 1287 a 1298.

MARCOS MADRUGA (2011), en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, pp. 419 a 434.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (2002), en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 159 a 175.

MARTÍNEZ GARAY (2014), «La incertidumbre de los pronósticos de seguridad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), (www.indret.com), pp. 1 a 77.

MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO (1991), «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad: ¿Réquiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?», *Diario La Ley*, t. 1, pp. 1142 a 1154.

MORENILLA RODRÍGUEZ (1997), «La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXX, pp. 5 a 81.

MUÑOZ CONDE (1983), «Monismo y dualismo en el Derecho penal español», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 4, pp. 215 a 319.

- EL MISMO (1996), «Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 24, pp. 301 a 322.

- EL MISMO (2011), «La herencia de Von Liszt», *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, pp. 159 a 174.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2010), *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (2000), «Las medidas de seguridad con arreglo al Código penal: carácter, presupuestos y límites», *Revista del Poder Judicial*, nº 60, pp. 107 a 136.

PAIFIELD (2002), *Beyond the tariff. Human rights and the release of life sentence prisoners*, Willan Publishing, U.K.

ROBLES PLANAS (2007), «"Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret*, (4), (www.indret.com), pp. 1 a 25.

RODRÍGUEZ MOURULLO (1997), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ROIG TORRES (2013), «La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Revista General de Derecho Penal*, nº 19, (Revistas@iustel.com), pp. 1 a 77.

ROXIN (1997), *Derecho penal. Parte general*, t. I, Civitas, Madrid.

RUBIO LARA (2011), *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales, Problemas y soluciones*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, Pamplona.

SÁNCHEZ LÁZARO (2006), «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», en *Revista Penal*, nº 17, pp. 142 a 165.

SÁNCHEZ LÁZARO (2010), «Deconstruyendo las medidas de seguridad», *InDret*, (2), (www.indret.com), pp. 1 a 26.

SÁNCHEZ YLLERA, en VIVES ANTÓN (1996): *Comentarios al Código penal*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 527 a 562.

SANZ MORÁN (2000), «Medidas de seguridad y de corrección en el Código penal», en *Revista de Derecho Penal*, nº 1, pp. 29 a 47.

SANZ MORÁN (2003), *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid.

SANZ MORÁN (2005), «Sobre la justificación de las medidas de seguridad de corrección y de seguridad», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Pamplona, pp. 969 a 979.

SCHÖCH (2009), «Previos §§ 61 y ss. », en SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1ª ed., Carl Heymann, Köln.

SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.

SILVA SÁNCHEZ (1996), «Eficiencia y Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, pp. 93 a 127.

SILVA SÁNCHEZ (1997), «La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch.

SILVA SÁNCHEZ (1997), «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables», en VV.AA., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, Vol. II, Universitat de València, pp. 789 a 813.

SILVA SÁNCHEZ (1999), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Civitas, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (2001), «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en ARROYO ZAPATERO *et al.* (coords.), *Homenaje al*

*Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, ([www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)), pp. 143 a 160.

STREE/KINZIG (2010) en SCHÖNKE/SCHRÖDER (2010), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª ed., C.H. Beck, Munich.

STRATENWERTH (1966), «Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, nº 82, pp. 337 a 384.

STRATENWERTH (1988), «Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Maßnahmen», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, nº 105, pp. 105 a 124.

STRATENWERTH/KULEN (2004), *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª Auflage, Carl Heymanns Verlag, München.

STREE/KINZIG, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar* (2010), 28ª ed., C.H. Beck, Munich.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (2011), *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª ed., Civitas, Pamplona.

TERRADILLOS BASOCO (1991), «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal», *Pena y Estado*, nº 1, pp. 9 a 22.

URRUELA MORA (2009), *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada.

VIVES ANTÓN (1974), «Métodos de determinación de la peligrosidad», *Colección de Estudios*, nº 2, Universidad de Valencia, pp. 388 a 417.

VIVES ANTÓN (1986), «Constitución y medidas de seguridad», *Revista del Poder Judicial*, nº 3, pp. 91 a 96.

VIVES ANTÓN (1996), *Comentarios al Código penal*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia.

VON LISZT (1994), *La idea del fin en Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México.

WELZEL (1956), *Derecho penal. Parte general*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires.

WORRALL (2004), «The effect of three-strikes legislation on serious crime in California», *Journal of Criminal Justice*, pp. 283 a 296.

ZUGALDÍA ESPINAR (2009), «Medidas de seguridad complementarias y cumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, pp. 199 a 212.