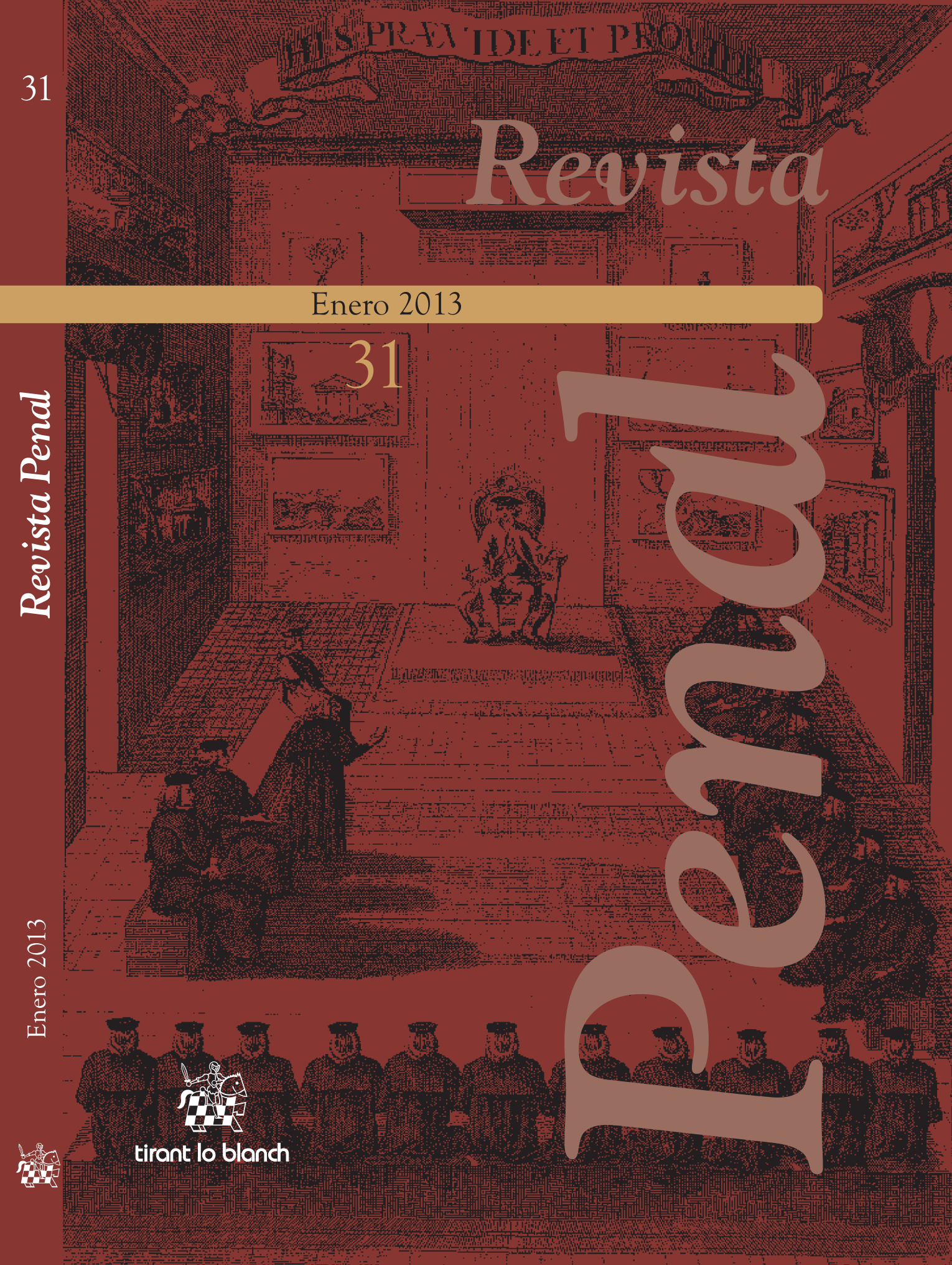
31

Revista Penal

Enero 2013

31



Revista Penal

Enero 2013

tirant lo blanch

Revista Penal

Número 31

Sumario

Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual "peligroso", por *Viviana Caruso Fontán* 3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por *Vicenta Cervelló Donderis* 22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por *María Luisa Cuerda Arnau* 52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por *Massimo Luigi Ferrante* 70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, *por Manuel Gallego Díaz* 85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por *Maria Soledad Gil Nobajas* 100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por *Mº del Carmen Gómez Rivero* 113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por *Leticia Jericó Ojer* 140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por *Covadonga Mallada Fernández* 161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por *Francisco Muñoz Conde* 171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por *Inés Olaizola Nogales* 190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por *Cristina Rodríguez Yagüe* 221
– El futuro del Derecho penal internacional, por *Gerhard Werle* y *Boris Burghardt* 247

Sistemas penales comparados: Detenciones ilegales (Illegal detention) 262

Bibliografía: Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *María Luisa Escalada* 326

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección
Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P.Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño(Argentina)
Zunyou Zhou (China)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual "peligroso"

Viviana Caruso Fontán

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

Ficha técnica

Autora: Viviana Caruso Fontán
Adscripción institucional: Profesora Contratada Doctora - Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

Sumario: 1. Introducción. 2. El delincuente habitual peligroso en el Código Penal Español de 1995. 3. La Libertad vigilada y su incorporación al Código Penal español. 4. Fundamento y justificación de las medidas de seguridad como consecuencias jurídicas aplicables al delincuente imputable peligroso. 4.1. Fundamento de las medidas de seguridad. 4.2. Justificación de las medidas de seguridad. 4.3. Toma de Postura 5. La libertad vigilada. ¿Pena accesoria o medida de seguridad? 6. Propuesta de lege ferenda.

Abstract: The need to increase the level of security of the society has led to Criminal Law to consider the best legal response against the habitual offender. In 2010 the legislator decides to incorporate the supervised liberty in the Penal Code, configured as a security measure, applicable to individuals, responsible and not responsible criminally. This fact leads us to consider the rationale and justification for such action in relation to its application to persons fully responsible, and, if necessary, to suggest possible alternatives to this regulation.
Key Words: penalty, security measures, supervised liberty, criminal dangerousness, habitual offender, recidivism, responsibility.

Resumen: La constante necesidad de aumentar el nivel de seguridad del que puede gozar la sociedad ha llevado al Derecho penal a replantearse, una y otra vez, la respuesta jurídica más adecuada frente al delincuente habitual. En 2010 el legislador decide la incorporación al Código Penal de la libertad vigilada, configurada como una medida de seguridad aplicable a sujetos inimputables, semiimputables y a sujetos en los que no se aprecia disminución alguna en su capacidad de culpabilidad. Esta circunstancia obliga a plantearse el fundamento y la justificación que pueden encontrar estas medidas en relación a su aplicación a sujetos plenamente responsables, y, de ser necesario, a sugerir posibles alternativas a la presente regulación.
Palabras clave: pena, medida de seguridad, libertad vigilada, peligrosidad criminal, delincuente habitual, reincidencia, culpabilidad.

Observaciones: El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de investigación "Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código penal: con especial referencia a las incorporaciones en la Parte General y nuevas figuras delictivas", DER2011-27473 MECC.

Recepción del artículo: 10-03-2012.
Evaluación favorable: 14-05-2012.

1. Introducción

El reconocimiento de unos principios constitucionales que operan como límite frente al poder punitivo del Estado y la negativa del ser humano a resignarse a vivir en una sociedad donde la seguridad absoluta es un valor inalcanzable, provoca que deba replantearse, una y otra vez, la problemática sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso. La existencia de estos principios obliga en muchas ocasiones al Estado a inclinar la balanza hacia los derechos de los delincuentes cuando es necesario repartir las cargas de riesgo entre sociedad e individuo. Frente a esta situación será tarea del jurista evaluar, dentro del marco constitucional, cuál es la respuesta jurídica más eficaz para el tratamiento de esta clase de delincuencia.

Esta preocupación es un clásico en la doctrina penal. De sobra conocida es la clasificación de delincuentes elaborada por von Liszt a través de la cual proponía la inocuización mediante la aplicación de penas de duración indefinida del que denominaba "delincuente incorregible". Así, entre los llamados "delincuentes habituales peligrosos" se podía distinguir una subclasificación de sujetos necesitados de corrección, concretamente aquellos "que, aunque propensos por una predisposición hereditaria o adquirida, todavía no están perdidos sin salvación posible" y para los cuales resultaba suficiente la aplicación de una pena de privación de libertad en un centro de corrección. Frente a ellos, los delincuentes habituales peligrosos incorregibles merecían la pena de reclusión por tiempo indeterminado[1]. Resulta importante destacar que a pesar de que la postura de von Liszt se identificaba con una posición monista, en cuanto abogaba por la pena como única consecuencia jurídica aplicable al delito, sus postulados basados en la idea de la prevención especial dieron lugar al surgimiento de las medidas de seguridad[2].

La teoría de los tipos de autor de von Liszt no pretendió erigirse en un instrumento para la interpretación del Derecho positivo, sino exclusivamente para la determinación y la ejecución de la pena[3]. En este sentido, von Liszt criticaba las teorías retribucionistas que "determinaban la pena para el hecho que no ha cometido ningún autor": en su opinión, la pregunta a formular en el momento de la determinación de la pena no es qué sanción merece el hurto, la violación o el perjurio, sino qué pena merece ese ladrón, ese violador o ese perjuro, ya que no existe delito que no haya sido cometido por un delincuente y, por tanto, el delito es inseparable de la persona del autor[4]. Consecuentemente, los postulados de la teoría de von Liszt constituían una clara manifestación de lo que llamamos "Derecho penal de autor"[5].

Las circunstancias históricas posteriores favorecieron el desarrollo de teorías que propiciaban el castigo del delincuente por su forma de ser y no por lo concretos hechos delictivos que llevara a cabo. Así, en el marco del Derecho nacionalsocialista, Mezger propuso una clasificación donde planteaba hasta siete tipologías distintas de autor: el delincuente "por conflicto", el "ocasional", el delincuente "por inclinación", "por tendencia", "habitual" y el delincuente "profesional"[6]. Esta clasificación conducía de forma escalonada hasta

1 VON LISZT, F.: *La idea del Fin en Derecho Penal (*Traducción por Carlos Pérez del Valle), Granada, 1995, p. 86. von Liszt consideraba al delincuente habitual como un eslabón de la cadena de casos de enfermedad social entre los que también se encontraban vagabundos, alcohólicos, personas que ejercían la prostitución, todos ellos "degenerados espirituales y corporales". En su opinión, la sociedad debía protegerse de estos sujetos incorregibles, entendiendo que, si no se quiere decapitar o ahorcar, y no es posible deportar, la única vía disponible es la cadena perpetua o prisión por tiempo indeterminado. Al respecto, Muñoz Conde explica que la preocupación de von Liszt por los peligrosos sociales respondía a la mentalidad reinante en la época, situación propiciada por el aumento de la industrialización y el crecimiento de la población urbana que habían dado lugar a un notable incremento de la marginación social y la delincuencia. MUÑOZ CONDE, F.: *Edmund Mezger y El Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo,* Valencia, 2002, p. 173.

2 Al respecto ver: SANZ MORÁN, A. J.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal,* Valladolid, 2003, p. 25.

3 GÓMEZ MARTÍN, V.: *El Derecho penal de Autor,* Valencia, 2007, p. 50.

4 VON LISZT, F.: *La idea del fin…,* ob. cit., p. 92. No obstante, von Liszt se enfrentó a los representantes de la escuela Positiva que sostenían la existencia de un "tipo delincuente". Así, Ferri entendía que en el tipo criminal existía un aspecto somático y un aspecto psíquico y que el delincuente era siempre un sujeto anormal; no obstante, en su opinión, el dato antropológico no podía penetrar en las leyes penales, sino que debía ser utilizado por la policía de seguridad de forma preventiva. FERRI, E.: *Principios de Derecho Criminal (*Traducción por José-Arturo Rodríguez Muñoz), Madrid, 1933, pp. 239 y sigs. Al respecto: Mantovani, F.: *Diritto Penale. Parte Generale,* 5ª ed., Milán, 2007, p. 823. FIANDACA, G., Y MUSCO, E.: *Diritto Penale. Parte Generale,* 5ª ed., Bolonia, 2007 (XXVI).

5 Al respecto: GÓMEZ MARTÍN, V.: *El Derecho penal de Autor,* ob. cit., p. 36.

6 Esta clasificación está incluida en el Informe de Edmund Mezger enviado al Consejero Ministerial, Sr. Rietzsch el 3 de marzo de 1943 (BR 22/943, folios 451 y 452) y forma parte del Apéndice documental del libro del Prof. Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo,* ob. cit., p. 245.

la que era considerada la "más grave forma de la evolución criminal", el denominado delincuente "de estado".

Para Mezger, a la culpabilidad por el hecho concreto debía añadirse la culpabilidad por la conducción de la vida, ya que la culpabilidad del autor no es sólo culpabilidad por el hecho aislado, sino la total culpabilidad por la conducción de su vida que le ha hecho degenerar. De esta manera, el autor pretendía compatibilizar el hecho de que una tipología de autor determinara la aplicación de una pena con la tradicional idea de la culpabilidad por el hecho que regía prioritariamente las normas penales[7]. En esta línea, la Ley contra Delincuentes Habituales Peligrosos y sobre Medidas de Seguridad y Corrección, de 14 de noviembre de 1933, introduce en Alemania la custodia de seguridad[8], para permitir la reclusión de este tipo de personas consideradas "el enemigo interno"[9].

La Legislación española no fue una excepción a las tendencias de la época. El 4 de agosto de 1933 se aprueba la Ley de Vagos y Maleantes, la cual traspasaba las fronteras del Derecho penal para declarar "en estado de peligrosidad social" a vagos habituales, rufianes y proxenetas, ebrios y toxicómanos habituales, entre otros. Esta declaración de peligrosidad facultaba a los Tribunales a la aplicación de medidas de seguridad entre las que se encontraban el internamiento en un establecimiento de trabajo o en un establecimiento de custodia, además de otras medidas de menor gravedad como la prohibición de residir en determinados lugares.

Posteriormente, y siguiendo la línea de la mencionada norma, la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social se propone corregir los defectos observados en la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes, además de exigir "*la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la personalidad biospicopatológica del presunto peligroso y su probabilidad de delinquir, asegurando a tal efecto (...) la investigación y valoración que parecen necesarias en el ámbito de unas normas que, por no integrar una ley penal construida objetivamente sobre hechos y tipos de delito, sino una serie de preceptos en función de determinadas categorías subjetivas de peligro, requieren inexcusablemente la prueba bien fundada del estado de peligrosidad del individuo*".

Tanto en la Ley de Vagos y Maleantes como en su sucesora, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, se entremezclaban tipologías de autor en las cuales podía fundamentarse una verdadera peligrosidad criminal, con otros casos en los que sólo podía hablarse de peligrosidad social, entendida como la cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de que realice en el futuro una acción socialmente dañosa[10], como era el caso del "mendigo profesional"[11]. En este contexto, también se daba solución al supuesto del delincuente habitual peligroso. Así, la Ley 16/1970 determinaba en su artículo cuarto que podrían ser sometidos a medidas de seguridad los "*condenados por tres o más delitos en quienes sea presumible la habitualidad criminal*". En opinión de Romeo Casabona, dos eran los requisitos exigidos por este precepto para la aplicación de las medidas: un elemento objetivo caracterizado por la existencia de una condena por tres o más delitos, y un elemento subjetivo, la habitualidad criminal, ya que al estar sustentado este requisito por un tipo criminológico de autor, como forma de ser o de vida, "no cabe duda sobre la naturaleza subjetiva del mismo"[12]. De esta manera, la reincidencia, considerada como un indicio

7 MEZGUER, E.: "Die Straftat als Ganzes", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* nº 57, 1938, p. 688. Al respecto ver: MUÑOZ CONDE, F.: "La herencia de Franz von Liszt", en *Revista Penal,* nº 27, Valencia, 2011, p. 169. Roxin, C.: *Derecho Penal. Parte General,* T I, Madrid, 1999, p. 180.

8 En 1944 se aprueba un proyecto sobre el tratamiento de los considerados "extraños a la comunidad" que debía entrar en vigor el 1 de enero de 1945 y que tenía por objeto endurecer las previsiones de la Ley de 1933. Al respecto ampliamente: MUÑOZ CONDE, F.: "La herencia de Franz von Liszt", ob. cit., p. 169.

9 GÓMEZ MARTÍN aclara que la idea central del Derecho penal vigente en Alemania durante el dominio del régimen nacionalsocialista se basaba en que el Derecho penal no debía castigar "hechos delictivos" sino "tipos de autores". GÓMEZ MARTÍN, V.: *El Derecho Penal de Autor,* ob. cit., p. 116.

10 ROMEO CASABONA, C. M.: *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo,* Barcelona, 1986, p. 44. También ver: Terradillos Basoco, J.: *Peligrosidad social y Estado de Derecho,* Madrid, 1981, p. 133.

11 Al respecto, Barbero Santos criticaba la imposición de medidas de seguridad privativas o restrictivas de derechos individuales basadas en la peligrosidad social de quienes no han llegado a cometer hechos tipificados como delictivos. BARBERO SANTOS, M.: "Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal", en *La Reforma Penal Penitenciaria,* La Coruña, 1980, p. 100. También ver: MAZA MARTÍN, J. M.: "La necesaria reforma del Código Penal en materia de medidas de seguridad", en *Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid, 2006, p. 20.

12 ROMEO CASABONA, C. M.: *Peligrosidad y Derecho Penal…,* ob. cit., p. 171. También al respecto: JORGE BARREIROS, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español,* Madrid, 1976, p. 244.

de peligrosidad, daba lugar a un sistema dualista posibilitando la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad[13], las cuales se cumplirían, en caso de ser posible, de forma simultánea y ejecutándose, en caso contrario, de forma preferente la pena (artículo 25).

2. El delincuente habitual peligroso en el Código Penal Español de 1995

El Código penal español de 1995 opta por la vía de un sistema dualista por el que al delincuente inimputable le resultarán aplicables medidas de seguridad y al delincuente semiimputable tanto penas como medidas de seguridad[14]. A pesar de que la peligrosidad postdelictual, fundamento de las medidas de seguridad, podría no ser una cualidad predicable de forma exclusiva respecto a sujetos inimputables y semiimputables, el legislador de 1995 niega este recurso frente al delincuente plenamente responsable, determinando que en estos casos la única consecuencia jurídica válida es la pena. Esta decisión fue seriamente criticada por una parte de la doctrina que entendía que el Código español había dejado pasar una buena oportunidad para dar una respuesta contundente frente al problema de la delincuencia habitual[15].

Por otro lado, la solución elegida por el Código español frente a la reiteración de hechos delictivos por un mismo sujeto ha girado en torno a la agravación de la pena a través de la creación de una circunstancia modificativa genérica de reincidencia incorporada al artículo 22 CP y que permite la aplicación de la pena en su mitad superior para aquellos casos en los que el delincuente ya hubiera sido condenado por otro delito de la misma naturaleza, siempre y cuando no se trate de antecedentes penales ya cancelados. Años después de la aprobación del Código penal de 1995, se llevan a cabo varias reformas de carácter conservador que intentan trasmitir sensación de seguridad a la ciudadanía a través de una agravación general del régimen sancionador del Código penal. Entre las medidas que se toman es necesario destacar por su dureza el aumento del límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de prisión que se eleva a los 40 años cuando se trate de delitos de terrorismo (art. 76 CP)[16].

En la misma línea, la Ley 11/2003 crea la agravante de multirreincidencia, incorporada al artículo 66.5 CP y que faculta al juez a aplicar la pena superior en grado en su mitad inferior cuando el sujeto hubiera sido condenado con anterioridad por tres delitos de la mima naturaleza, siempre y cuando no se trate de antecedentes penales ya cancelados[17].

13 El artículo decimotercero de la Ley 16/1970 determinaba las medidas de seguridad aplicables a los sujetos reincidentes indicando: "*A los declarados peligrosos conforme al artículo cuarto se les aplicarán, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, alguna o algunas de las siguientes medidas: a) Internamiento en un centro de custodia o de trabajo. b) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo. c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados*".

14 Con anterioridad al Código Penal de 1995, tanto el Proyecto de Código Penal de 1980, como la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP) de 1983, preveían como complemento a la pena el internamiento en un centro de terapia social para el delincuente habitual. Criticando esta solución: QUINTERO OLIVARES, G.: "Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el proyecto de Código Penal", en *La reforma penal y penitenciaria,* La Coruña, 1980, p. 576. También al respecto, ver: SANZ MORÁN, A.: "De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso", en GUZMÁN DÁLBORA, J. L. y SERRANO MAÍLLO, A. (ed.): *Derecho Penal y Criminología como Fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez,* Madrid, 1996, p. 110. CEREZO MIR, J.: "Observaciones críticas al proyecto de Ley Orgánica de Código Penal", en *La reforma penal y penitenciaria,* La Coruña, 1980, p. 201. Esta previsión no fue incluida en el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del código Penal de 1990. Críticamente al respecto: CEREZO MIR, J.: "El tratamiento de los delincuentes habituales en el borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General", en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal,* Madrid, 1993, p. 249.

15 CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General,* T. III, Madrid, 2005, p. 174. También ver: AGUDO FERNÁNDEZ, E.: "La nueva agravante de reincidencia cualificada en la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros", en *Cuadernos de Política Criminal,* nº 81, Madrid, 2003, p. 457. SANZ MORÁN, A.: "El tratamiento del delincuente habitual", en ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, A. (coord.): *La Reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales,* Valladolid, 2008, p. 126.

16 Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

17 Al respecto ampliamente, ver: AGUDO FERNÁNDEZ, E.: "La nueva agravante de reincidencia...", ob. cit., p. 429. Varias son, además, las modificaciones que dan continuidad a este criterio y que han sido tachadas por la doctrina como una verdadera manifestación de un "derecho penal de autor". Particularmente llamativa es la incorporación de una cláusula al artículo 234 que establece que resultará aplicable la pena prevista para el delito de hurto a quien lleve a cabo la conducta prevista en el artículo 623.1 (falta de hurto) cuatro veces en el plazo de un año, siempre y cuando el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito. Lejos de dar validez a las numerosas críticas de la doctrina, el legislador agrava aún más la previsión con la reforma operada en 2010 al pasar a exigir sólo tres faltas de hurto para la conversión en delito.

3. La Libertad vigilada y su incorporación al Código Penal español

Respondiendo a una generalizada tendencia de las legislaciones penales de nuestro entorno más cercano[18], el Proyecto de Reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007 propone la incorporación al Derecho español de la "libertad vigilada" otorgándole al mismo tiempo la naturaleza jurídica de pena y de medida de seguridad[19]. Al respecto, la doctrina señaló la "deficiente técnica legislativa" utilizada para la redacción de este Proyecto que debió ser consecuencia de la "falta de una profunda reflexión y debate" acerca de esta nueva consecuencia jurídica[20]. Posteriormente, el 14 de noviembre de 2008 el Consejo de Ministros aprueba el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, proponiendo nuevamente la incorporación en la legislación de la libertad vigilada, pero dándole, esta vez, naturaleza jurídica de pena accesoria. En la Exposición de Motivos el prelegislador justificaba su decisión de la siguiente forma:

"Si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad en los casos de delincuentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria, denominada «libertad vigilada» cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad".

La doctrina se manifestó de manera casi unánime en contra de esta medida, no sólo por su contenido[21], sino también y muy especialmente por su consideración de pena accesoria. En esta línea sostenía Muñoz Conde: "... lo primero que hay que preguntarse es si se trata realmente de una pena o de una medida. La respuesta a esta cuestión no se puede extraer simplemente del nombre que se le dé arbitrariamente en el Anteproyecto por la persona o personas que lo hayan redactado, sino de si realmente se le puede dar el nombre de pena de acuerdo con los presupuestos que deben darse para poder darle este nombre a una institución a la que se asignan cometidos que no corresponde cumplir a la pena propiamente dicha"[22].

Frente a la generalización de las críticas, el legislador da marcha atrás y la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código penal introduce la libertad vigilada, esta vez bajo la denominación de "medida de seguridad", pero manteniendo, en lo esencial, la configuración de

18 Particularmente en el caso del Derecho Penal Alemán, el recurso a las medidas de seguridad aplicables a personas imputables se ha visto incrementado desde los años 90, especialmente en relación a la medida de custodia de seguridad. Si bien esta medida perdió protagonismo en la práctica penal sancionadora a partir de los años sesenta, el acaecimiento de casos de delitos sexuales de especial gravedad en la década de 1990 motivó la Ley de Reforma del Código Penal de 1998, la cual rebajó de forma considerable los requisitos necesarios para imponer esta medida. Sucesivas reformas en 2002 y 2004 endurecieron aún más el régimen de la custodia de seguridad. Ampliamente al respecto: MUSHOFF, T.: *Sicherungsverwahrung: Eine Kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention,* Frankfurt am Main, 2008, pp. 9 y ss. CAÑO PAÑOS, M. A.: "El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho Penal alemán", en *Cuadernos de Política Criminal,* nº 91, Madrid, 2007, p. 211. También ver: POSECK, R.: "Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung", en *Neue Juristische Wochenschrift,* München y Frankfurt a Main, nº 36, 2004, p. 2559. ULLENBRUCH, T.: "Nachträgliche Sicherungsverwahrung— heikle Materie in Händen des BGH!", en *Neue Juristische Wochenschrift,* München y Frankfurt a Main, nº 20, 2006, p. 1377. SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: "Alarma social y Derecho Penal", en *Indret,* Barcelona, febrero 2008, p. 8. REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: "Peligrosidad social y Constitución", en *Indret,* Barcelona, julio 2008, p. 4. RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: "Algunas consideraciones sobre el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad de los delincuentes sexuales", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 4, 2005, p. 3. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "La libertad vigilada", en *Diario La Ley,* nº. 7534, Madrid, 2010.

19 El Proyecto de Reforma del Código Penal de 2007 incorporaba a la libertad vigilada como una pena privativa de derechos en el artículo 39. También, según el artículo 88.1 d) la libertad vigilada se configuraba con una pena sustitutiva de las penas de prisión no superiores a dos años; finalmente en el artículo 94 se establecía una serie de medidas aplicables a sujetos reincidentes o habituales.

20 DEL CARPIO, J.: "La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables", Artículo en prensa en la *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal.*

21 Al respecto una parte de la doctrina ha criticado la configuración de las obligaciones que conformaban la libertad vigilada en cuanto estas medidas tenían una finalidad asegurativa y no correctora. UNCILLA GALÁN, "La pena accesoria de libertad vigilada", en CASANUEVA SANZ, I. y PUEYO RODERO, J. A. (coord.): *El Anteproyecto de Modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos,* Bilbao, 2009, p. 107.

22 MUÑOZ CONDE, F.: "Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008", en *Revista Penal,* nº 24, Valencia, 2009, p. 113.

las obligaciones que determinan su contenido. Al tratarse de una medida de seguridad y no de una pena, la libertad vigilada resultará aplicable tanto a sujetos semiimputables como a inimputables, pero la novedad más relevante que se introduce en la Legislación penal es el hecho de prever la aplicación de una medida de seguridad a una persona plenamente responsable.

Por otro lado, y en contra de lo que la lógica podría indicar, el legislador no recurre a la creación de la libertad vigilada como un forma de enfrentarse al viejo problema del delincuente habitual peligroso sino que la configura como una medida aplicable solamente frente a dos grupos de delitos: los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y los delitos de terrorismo; y sin requerir la reiteración de hechos delictivos. Así, el artículo 192. 1, aplicable a los delitos del primer grupo, determina lo siguiente: "*A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad*", incorporándose idéntica previsión en el artículo 579.3 en relación a los delitos de terrorismo.

Considerando que el fundamento de la aplicación de una medida de seguridad es la peligrosidad postdelictual, podemos considerar que el legislador crea una presunción de peligrosidad frente a la comisión de determinados delitos. De acuerdo con la actual configuración de la libertad vigilada, resulta sencillo llegar a la conclusión de que mediante su incorporación el legislador no ha pretendido más que apaciguar el clamor provocado por el acaecimiento de casos de suma gravedad y notoriedad.

4. Fundamento y justificación de las medidas de seguridad como consecuencias jurídicas aplicables al delincuente imputable peligroso

Más allá del acierto o desacierto que supone la actual configuración de la medida de seguridad de libertad vigilada, los interrogantes que subsisten y que deben constituir el punto de partida en este debate se centran en el fundamento y la justificación del recurso a las medidas de seguridad frente a sujetos plenamente responsables.

4.1. Fundamento de las medidas de seguridad

Respecto a la problemática planteada en primer término, el fundamento de la aplicación de una medida de seguridad se halla en la existencia de peligrosidad postdelictual. La peligrosidad es una cualidad que puede predicarse de una persona en la que se aprecia la probabilidad de que cometa en el futuro hechos delictivos. La apreciación de esta cualidad implicará, por tanto, un juicio de probabilidad[23]. Por otro lado, la exigencia de la comisión previa de un delito responde a la necesidad de aumentar la seguridad jurídica basando el pronóstico en un dato cierto[24].

De acuerdo con esta caracterización, culpabilidad y peligrosidad tendrán dos ámbitos de aplicación claramente diferenciados. La culpabilidad entendida como reproche al autor por su hecho operará como fundamento de la pena, mientras que la peligrosidad, tendrá en cuenta la posibilidad de la comisión futura de hechos delictivos y se convertirá en el fundamento de las medidas de seguridad. Ambos presupuestos serán independientes y no susceptibles de confusión aunque claramente podrán coexistir en el caso del sujeto semiimputable, donde se apreciará una culpabilidad disminuida y, por tanto, la pena a aplicar se verá atenuada, a lo que podrá sumarse la aplicación de una medida de seguridad en caso de comprobarse la cualidad de "peligroso" en el sujeto[25].

Por otra parte la doctrina mayoritaria ha dado por supuesto la posible coexistencia de peligrosidad y culpabilidad en el supuesto de sujetos plenamente responsables. Sin embargo, entendemos que la cuestión es cuando menos dudosa.

En este orden de cosas Bettiol no considera posible referir las dos cualificaciones en referencia a un sujeto capaz de entender y querer y, por lo tanto, libre. En su opinión, es necesario negar dicha posibilidad ya que no

23 ROMEO CASABONA, C. M.: *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo,* ob. cit., p. 30. El autor señala que el juicio de probabilidad se desenvolverá en dos momentos: la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso, que él denomina el diagnóstico de peligrosidad, y, por otro lado, la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto, que constituye la prognosis criminal. Al respecto también ver: Terradillos Basoco, J.: *Peligrosidad social...,* ob. cit., p. 219.

24 GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995,* Navarra, 1997, p. 130. De esta forma, al hablar de peligrosidad postdelictual se está haciendo referencia a dos delitos distintos; por un lado aquel que constituye un síntoma de la peligrosidad y, por otro lado, el delito o delitos a los que haría mención el juicio de pronóstico. SIERRA LÓPEZ, M. V.: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal,* Valencia, 1997, p. 92.

25 ROMEO CASABONA, C. M.: *Peligrosidad y Derecho Penal...,* ob. cit., p. 22.

se puede considerar peligroso a un sujeto plenamente capaz sólo porque artificialmente sea cualificado como habitual o profesional o por tendencia. No existe una persona dotada de libertad que pueda calificarse como peligrosa por la imposibilidad de reportar a un dato de la naturaleza o a un cálculo de probabilidad una nota esencial del espíritu humano[26]. Esta postura se enmarca en una concepción indeterminista, donde el hombre esta dotado de voluntad y, por lo tanto, es capaz de autodeterminarse de forma autónoma. Consecuentemente, el sistema sancionatorio se basará, según esta teoría, en la idea de la retribución[27].

Como es sabido, la doctrina actual ha abandonado la clásica disputa sobre la existencia del libre albedrío, ya que existe un cierto consenso acerca de la imposibilidad de demostrar empíricamente este dato[28]; en consecuencia, tampoco se puede sostener la idea de que el hombre sea naturalmente peligroso y que haya sujetos que estén determinados al delito. No obstante, y más allá de la conveniencia de alejar el debate de la clásica disputa sobre el libre albedrío, la postura de Bettiol continúa siendo sugerente. Así, teniendo en cuenta la concepción propuesta por Roxin en relación al fundamento material de la culpabilidad[29], podríamos preguntarnos si un sujeto con posibilidades de decisión por una conducta orientada a la norma puede ser considerado "peligroso" en función de un diagnóstico incierto, cuando dicho sujeto, debido precisamente a su "asequibilidad normativa", aún puede decidir llevar a cabo una conducta orientada a la norma.

En este sentido, no parece adecuado equiparar el juicio de peligrosidad que puede celebrarse en referencia a un sujeto inimputable y a un sujeto imputable y, menos aún, que dicho pronóstico dé lugar a la aplicación de medidas que reúnan las mismas características. En el caso de un sujeto que carece de capacidad de culpabilidad, la peligrosidad puede venir determinada por un trastorno o alteración que predispone al sujeto hacia la comisión de hechos delictivos; en este caso se trata de carencias concretas y demostrables que de persistir indican una alta probabilidad de repetición de la conducta antijurídica. En el caso del sujeto plenamente imputable no se produce esta situación y, por tanto, si el Derecho penal parte de la premisa de que el hombre tiene capacidad para adecuar su conducta a la norma, no debería al mismo tiempo negarle dicha capacidad considerándolo "peligroso". De esta forma, la inclusión por el Derecho Penal de un sujeto plenamente responsable en un supuesto de estado peligroso implica la negación de su capacidad de decisión.

No es posible, tal como sostiene Musco, considerar al hombre al mismo tiempo libre y determinado, esto es, responsable e irresponsable[30]. En consecuencia, entendemos que podría resultar incoherente caracterizar a un hombre plenamente responsable como peligroso y sujetarlo a la vez a una pena y a una medida de seguridad.

4.2. Justificación de las medidas de seguridad

Mayor complejidad aún reviste el interrogante acerca de la justificación de la aplicación de medidas de seguridad. Al respecto, numerosas son las teorías propuestas. A principios del siglo XX, la doctrina mayoritaria presentaba una justificación basada exclusivamente en criterios utilitaristas[31]. De acuerdo con esta opinión, las medidas de seguridad se justificaban simplemente por ser útiles a la sociedad. Esta postura ha sido criticada desde una posición ético-social alegando que una persona jamás debe ser utilizada solo como medio para un fin[32]. Así, en las teorías ético-sociales la idea de la dig-

26 El autor aclara que el tipo humano del cual se sirve el Derecho Penal no es aquel que tiene una tendencia hacia el delito y, por lo tanto, es peligroso, sino aquel que tiene capacidad de autocontrol y, por tanto, es culpable. BETTIOL, G.: "Il problemi di fondo delle misure di sicurezza", en *Stato di Diritto e Misure di Sicurezza. Convegno di Diritto penale,* Bressanone, 1961, p. 13.

27 MUSCO, E.: *La Misura di Sicurezza Detentiva,* Milán, 1978, p. 208. Sobre la disputa entre la escuela clásica que defendía la existencia del libre albedrío y la plena función retributiva de la pena y la escuela positiva que sostenía la idea del determinismo y la peligrosidad natural del hombre, ver: GRACIA MARTÍN, L.: "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en Derecho Penal", en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat,* T. I, Madrid, 2008, p. 980.

28 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 809.

29 Roxin considera que se podrá afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, es decir, cuando la posibilidad de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existe en el caso concreto. Roxin, C.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 807.

30 MUSCO, E.: *La Misura di Sicurezza Detentiva,* ob. cit., p. 237.

31 Al respecto, ampliamente: SANZ MORÁN, A. J.: *Las medidas de corrección y de seguridad...,* ob. cit., p. 80.

32 WELZEL, H.: *Derecho Penal Alemán. Parte General,* 11ª ed., 4ª edición en español (traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez), Chile, 2002, p. 288. En este sentido Nowarowski sostenía que esta decisión llevaría a rebajar al hombre a la condición de objeto. NOWAKOWSKI, F.: "Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maβnahemn", en *Festchrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag,* Bonn, 1963, p. 100.

nidad humana operará como límite de la intervención del Estado[33]. Consecuentemente, a la hora de dotar de licitud a una intervención sobre la esfera de la persona no bastará con que dicha intervención sea útil o requerida para cualquier fin común, sino que frente a cualquier medida de seguridad será necesario establecer su admisibilidad ética frente al individuo[34].

En este sentido, Bettiol sostenía que si la Constitución está ligada y orientada hacia una concepción personalista de la democracia no se puede admitir una medida de seguridad cuando ésta sea interpretada en los términos de una defensa social[35], donde todo el acento es puesto sobre los intereses del grupo antes que sobre los intereses del individuo. De esta forma, la intervención sobre el sujeto, todavía en vías de desarrollo o tarado, debe llevarse a cabo fundamentalmente en su propio interés para incorporarlo al mundo ético, lo cual lógicamente redundará en un beneficio del Estado, aunque dicha circunstancia sea sólo secundaria[36].

Para concretar la justificación de la imposición de medidas de seguridad, Welzel argumenta que sólo podrá participar en forma íntegra en la comunidad el que se deje dirigir por sus normas. De esta manera, toda libertad exterior o social se justifica con base en la posesión de una libertad interior vinculada éticamente. El que no es apto para tener esa libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética, como sucede en el caso de un enfermo mental o quien a raíz de predisposiciones o vicios y hábitos perniciosos ya no tiene el suficiente dominio sobre ella, no puede exigir la plena libertad social.

En opinión de Welzel, esta "falta inculpable de la suficiente autodeterminación ética para la vida social" legitimará la aplicación de medidas de seguridad en el caso de los delincuentes "por estado"[37]. Así, este autor explica la predisposición al crimen del delincuente habitual peligroso como una desviación inculpable tanto en el caso de un pederasta de voluntad patológicamente débil, como en el supuesto de un "tramposo que no puede controlarse o de un ladronzuelo", con lo cual parece identificar a estos delincuentes "por estado" con supuestos de semiimputabilidad, negando la posibilidad de que la decisión sobre la comisión recurrente de hechos delictivos pueda ser una opción asumida por una persona de forma libre[38].

Frente a esta opinión, la doctrina critica la postura de Welzel argumentando, precisamente, que su teoría no permite explicar la aplicación de medidas de seguridad a personas imputables y que no permite avanzar más allá de necesidades preventivas[39]. Frente a los enfermos mentales o a las personas con imputabilidad disminuida el deber del Estado es curarlas y asistirlas, y frente a los menores el deber del Estado consistirá en resocializarlo a través de un tratamiento educativo y, por lo tanto, las medidas pueden ser vistas como un medio dirigido a la recuperación de la plena dignidad humana, de la libertad interior[40], pero esta justificación no será posible frente al sujeto plenamente responsable. La imposición de una medida de aseguramiento, necesaria más allá de la pena para proteger la seguridad de todos, precisará, en el caso

33 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal,* 4ª ed., Madrid, 2006, p. 361.

34 WELZEL, H.: *Derecho Penal Alemán...,* ob. cit., p. 288. También en este sentido Rodríguez Mourullo sostenía: "Lo que es útil no está por esa única razón justificado. Importa, sobre todo, que pueda considerarse moralmente admisible la restricción por parte del estado de la esfera jurídica de los individuos sujetos a las medidas de seguridad, y no tan sólo que se demuestre la utilidad de esa restricción para la defensa de la sociedad". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", en *Revista General de legislación y Jurisprudencia,* diciembre de 1965, Madrid, p. 27.

35 Para la doctrina de la Defensa Social el fin a perseguir era salvaguardar mediante medidas el patrimonio de seguridad y moralidad social, por tanto la lucha contra el delito se llevaba a cabo a través de medidas de defensa basadas en el juicio de peligrosidad que eran complementadas mediante acciones preventivas de carácter social. Se trataba de una postura de carácter preventivista-utilitarista. Ampliamente al respecto: JORGE BARREIRO, A.: *Las medias de seguridad...,* ob. cit., p. 68. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Significado político...", ob. cit., p. 14.

36 BETTIOL, G.: "Il problemi di fondo delle misure di sicurezza", ob. cit., p. 8.

37 WELZEL, H.: *Derecho Penal Alemán. Parte General,* ob. cit., p. 290.

38 WELZEL, H.: *Derecho Penal Alemán. Parte General,* ob. cit., p. 290. La identificación que realiza Welzel del delincuente habitual peligroso con los supuestos de semiimputabilidad llega al extremo de proponer para estos sujetos la adopción de un sistema vicarial donde en el caso de condena a una pena y a una medida de seguridad privativa de libertad, se cumpla primero la medida de seguridad computándose el tiempo de la medida de seguridad al de la pena.

39 En este sentido Jakobs entiende que esta solución no aporta nada para las medidas de seguridad que se imponen junto a la pena por un hecho enteramente culpable, ya que si el autor debe responder enteramente por el uso de su libertad debería pretender también la libertad social completa. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* 2ª ed. (Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, 1997, p. 39.

40 RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Significado político...", ob. cit., p. 28.

del sujeto imputable, de una justificación externa adicional[41].

En opinión de Stratenwerth, para justificar una injerencia en los derechos y libertades del individuo que supere los límites de la culpabilidad sería conveniente tomar como punto de referencia una ponderación entre el peligro que emana del individuo y los perjuicios que han de inflingírsele para que aquel sea eliminado. Por tanto, será necesario determinar si el peligro que emana del autor para intereses jurídicamente protegidos tiene tanto peso como para que parezca razonable llevar a cabo una injerencia en sus derechos personales de la magnitud necesaria como para repeler ese peligro[42]. La justificación propuesta por este autor nos lleva, por tanto, al ámbito del estado de necesidad donde el posible futuro daño a bien jurídicos protegidos podría llegar a considerarse un interés preponderante con respecto a una limitación actual de los derechos del individuo.

Por otro lado, la propuesta de Frisch matizará la idea del estado de necesidad. Para este autor, el punto de partida para justificar estas restricciones de libertad lo constituye el deber de protección elemental del Estado. Así, al Estado le corresponde no sólo la función de protección de bienes jurídicos frente a futuros ataques, sino también el deber de respetar los derechos del individuo. De esta manera, la injerencia sobre los derechos del potencial autor, motivada en la prevención especial, sólo puede ser justificada en tanto dicha intervención resulte imprescindible. En opinión de Frisch, será necesario demostrar que resolver el conflicto en perjuicio de la libertad resulta ser una solución adecuada, y ello sólo podrá ser así, si el cumplimiento del deber de protección a costa de la libertad constituye la decisión en favor del interés o del valor preponderante[43].

Esta argumentación le permite a Frisch llegar a la conclusión acerca de la legitimidad de recurrir a las medidas de seguridad para resolver el problema del delincuente habitual peligroso. El autor entiende que es necesario presentar un dato que pueda explicar por qué en un caso no es suficiente lo que resulta suficiente en los demás, es decir, por qué si un sujeto comete un hecho delictivo no basta con la aplicación de una pena, debiendo imponer, además, una medida de seguridad, mientras que en caso de que el mismo hecho sea cometido por otro sujeto puede resultar suficiente la aplicación de la pena. Esa diferencia de tratamiento se justificaría, según Frisch, en el hecho de que la capacidad de conducirse frente a la norma no es ya una garantía normativa suficiente debido a que su conducción de vida hasta el momento ha demostrado que en determinadas ocasiones no hace uso de esa capacidad. Para llegar a esa conclusión no bastará con que el sujeto lleve a cabo 2 o 3 delitos, sino que será necesaria una "actitud de decisión", o bien, una dificultad manifiesta

41 GRACIA MARTÍN, L.: "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad...", ob. cit., p. 988.

42 STRATENWERTH, G.: *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II,* Bern, 1989, p. 304. También ver: Stratenwerth, G.: *Derecho Penal. Parte General I* (Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti), Navarra, 2005, p. 44. Nowakowski utiliza como ejemplo para explicar esta situación las medidas que muchos países toman contra los leprosos, donde la entidad del peligro que emana que estos enfermos justifica la gravedad de la injerencia en sus derechos. NOWAKOWSKI, F.: "Zur Rechtsstaatlichkeit...", ob. cit., p. 102. En el caso de Schnidhäuser el autor sostiene que para que la medida esté justificada el peligro a evitar debe ser de tal importancia que en el caso concreto justifique la intervención sobre el afectado, y será en este sentido en el que el principio de proporcionalidad delimite la aplicación de la medida de seguridad. SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht Allgemeiner Teil,* München, 1975, p. 826. También en este sentido Roxin: "... 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, C.: *Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., p. 105. ROBLES PLANAS, R.: "Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", en *Indret,* Barcelona, octubre de 2007, p. 20: "La intervención coactiva en estos casos viene amparada por la lógica del estado de necesidad (defensivo) y puede alcanzar la privación de libertad como mal necesario para conjurar el peligro. Queda limitada, no obstante, a su empleo aislado —como toda intervención en «situación de necesidad»— y condicionada a la continuada presencia del peligro inminente, grave y determinado".

43 Frisch sostiene que no debe plantearse el problema de la justificación de las medidas de seguridad como un tema independiente, sino como un problema de la justificación de la restricción de derechos con fines de prevención especial, independientemente de que esa restricción se lleve a cabo a través de medidas de seguridad o de penas. FRISCH, W.: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal", en *Indret*, Barcelona, julio 2007, p. 22. Contra esta opinión, consideramos que no es posible solventar de forma conjunta la problemática sobre la justificación de la restricción de derechos con fines de prevención llevada a cabo a través de la pena, o bien, a través de una medida de seguridad. En la medida en que la pena está limitada en su duración a la gravedad del delito cometido y a la culpabilidad del autor, el fortalecimiento de los fines preventivos en su cumplimiento no requiere de mayor justificación. Situación distinta se produce en el ámbito del Derecho de medidas donde, en el caso de un sujeto imputable, estamos hablando de la imposición de una medida basada en la peligrosidad excediendo los límites de la culpabilidad, y es precisamente este exceso el que determina la necesidad de una justificación adicional. Para que la prevención especial realizada a través de una medida o de una pena puedan compartir su justificación, tendríamos que estar hablando de un sistema vicarial, similar al previsto para sujetos semiimputables, donde en conjunto, pena y medida, nunca sobrepasaran el límite de la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor.

para la conducta conforme a la norma en determinadas situaciones, siendo preciso demostrar que esa actitud de decisión subsistirá[44].

Consecuentemente, existiendo esa actitud de decisión hacia el delito y en la medida en que la pena está limitada por la culpabilidad, sólo si la peligrosidad tuviera una duración equivalente a la extensión de la culpabilidad la pena estaría en condiciones de asumir el programa de prevención especial de forma irrestricta. Como ello no es así, la pena no puede ser sobrecargada con la totalidad de la carga de prevención especial[45].

En la doctrina española, Gracia Martín se ha pronunciado como partidario de las posturas de Stratenwerth y Frisch, sosteniendo que ambos criterios podrían ser válidos para la justificación de la custodia de seguridad en abstracto, pero que, no obstante, no serán decisivos a la hora de su regulación y aplicación al caso concreto. Para este autor, si los efectos de la aplicación de la medida afectan a derechos personalísimos, el juicio de legitimidad de la medida deberá pasar aún por la prueba de su compatibilidad con el mandato constitucional de respeto a la dignidad de la persona (art. 10 CE) y con la prohibición de inflicción de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). Así, centrando su análisis en la medida de custodia de seguridad, Gracia Martín entiende que, si bien no puede demostrarse que esta medida menoscabe la dignidad humana, sí afecta de un modo importante a ciertos derechos fundamentales de la persona[46]. De esta manera, para resolver la admisibilidad de la custodia de seguridad en los términos de un conflicto de intereses, será necesario poner de un lado de la balanza los intereses de la defensa social y del otro los intereses relativos a la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo, tales como el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17.1 CE) y el mandato de determinación como aspecto material del principio de legalidad (art. 25.1 CE). El resultado de esta comparación demostrará que la indeterminación e incertidumbre respecto del mal que se trata de evitar contrastará con la actualidad y efectividad del menoscabo que experimentarán los derechos fundamentales del individuo, y que, por lo tanto, el mal que se puede causar con la aplicación de la medida de seguridad sería mucho mayor que el que se trata de evitar[47]. En su opinión, el tratamiento del delincuente habitual, en consecuencia, debe tener lugar dentro del Derecho penal de la culpabilidad, siendo preferible utilizar el recurso a la agravación de la pena.

Por otro lado, Jakobs, desde una postura más radical, justifica la necesidad de recurrir a las medidas de seguridad frente a los delincuentes habituales peligrosos. Este autor sostiene que si las personas aspiran a vivir en libertad no solamente deben aceptar que deberán responder por su comportamiento, sino que, además, tienen que demostrar con su comportamiento que siguen, en conjunto, una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho, es decir, que es al ciudadano a quien le corresponde generar "fiabilidad cognitiva"[48]. En su opinión, la imposición de estas medidas de seguridad cumplirá una función estabilizadora de la norma, ya que aumentará la probabilidad fáctica de que ésta sea obedecida[49].

4.3. Toma de Postura

Como se desprende de lo expresado, las corrientes doctrinales del siglo XIX que dieron lugar al nacimiento de las medidas de seguridad relacionaban la problemática del delincuente habitual peligroso con la del sujeto inimputable propiciando la búsqueda de soluciones compartidas. A pesar de ello, la estructura

44 FRISCH, W.: "Las medidas de corrección y seguridad…" ob. cit., p. 26.

45 FRISCH, W.: "Las medidas de corrección y seguridad…" ob. cit., p. 38. A favor: Sanz, Morán, A.: "De nuevo sobre el tratamiento...", ob. cit., p. 1100.

46 GRACIA MARTÍN, L.: "Sobre la legitimidad de medidas...", ob. cit., p. 989. También a favor de legitimar las restricciones de derechos en base al estado de necesidad defensivo: Feijoo Sánchez, B.: "La Libertad vigilada en el Derecho Penal de adultos", en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal,* Pamplona, 2011, p. 233.

47 GRACIA MARTÍN, L.: "Sobre la legitimidad de medidas...", ob. cit., p. 999. Se debe tener en cuenta que el autor plantea este debate analizando la posible justificación de la medida de seguridad de custodia de seguridad, donde la intensidad en la afectación de los derechos del individuo llega a su punto más álgido. De esta forma, el autor llega a la conclusión de que la custodia de seguridad es una medida abiertamente contraria al principio de proporcionalidad y que no es justificable desde el plano de la estricta necesidad al existir otros medios menos perjudiciales para atajar el problema del delincuente habitual peligroso.

48 JAKOBS, G.: "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena" (Traducción de Nuria Pastor Muñoz) en *Indret,* Barcelona, 2009, p. 13.

49 JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., p. 42. Según el autor se tratará del fortalecimiento de la autoridad de la norma a través de la eliminación del peligro, de esta forma también las medidas de seguridad ejercen un efecto secundario de tipo preventivo general.

dogmática que pretende responder al interrogante acerca del fundamento y justificación de las medidas de seguridad, que encuentra fácil encaje en el ámbito de la inimputabilidad y la semiimputabilidad, presenta serias dificultades en su extrapolación al caso de delincuente plenamente imputable.

Desde el momento en que se plantea el problema del fundamento de las medidas de seguridad comprobamos que, si bien es indudablemente posible someter a un sujeto plenamente responsable a un juicio que calcule la posibilidad estadística de que vuelva a cometer hechos delictivos y, en esta medida, podemos otorgarle la cualidad de "peligroso"[50], este juicio, ya de por sí incierto en el caso de sujetos inimputables, se dificulta, incrementando los niveles de incertidumbre, en relación al sujeto imputable[51]. Por otro lado, no es posible escapar a la idea de que no resulta coherente con los postulados de un Estado de Derecho que el Derecho penal considere a esta persona inmersa en un "estado" y que ello le autorice a la adopción de medidas adicionales a la pena, porque eso significa negarle la misma capacidad de decisión que se le reconoce al aceptar su capacidad de culpabilidad[52].

De esta manera, sostener que el sujeto tiene plena capacidad de culpabilidad faculta al Estado para imponerle una pena adecuada a la gravedad del injusto y, al mismo tiempo, el reconocimiento de su peligrosidad, que implica en cierto modo una negación a su autodeterminación, permite al Estado prolongar la restricción de sus derechos y libertades. O el sujeto es *per se* peligroso y, en consecuencia, se afirma que tiene una tendencia criminal que limita su responsabilidad, o bien, el sujeto tiene intacta su capacidad de entender y querer y, por tanto, se le puede aplicar la pena en su totalidad. El Derecho penal debería decantarse por una de estas dos opciones y no utilizar, en todo caso, el argumento en perjuicio del reo. Además, como sostiene Pérez Manzano, la imposición de un tratamiento o de medidas terapéuticas es contrario a la autonomía personal, a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, al derecho a la igualdad de trato y a la propia dignidad humana, de modo que los contenidos positivos de la prevención especial, es decir, la resocialización, sólo pueden imponerse de forma coactiva a inimputables, a quienes por definición no se les impone una pena y no se les reconoce responsables de sus actos[53].

También en el ámbito de la justificación encontraremos dificultades para defender la imposición de medidas. Así, dejando de lado las iniciales posturas utilitaristas que no resultaban aceptables para la justificación de la imposición de medidas en ningún caso, todas las teorías han encontrado obstáculos a la hora de encontrar el fundamento adicional que pueda explicar la imposición de medidas adicionales a la pena en el caso de sujetos plenamente responsables. Se puede sostener que existe un acuerdo generalizado sobre la necesidad de recurrir a este tipo de medidas para responder al problema del delincuente inimputable y semiimputable, tanto si la justificación de su imposición se encuentra en el estado de necesidad, como si se recurre a la ponderación de obligaciones que dependen del Estado. En todo caso, la discusión en torno a la aplicación de medidas de seguridad en estos supuestos se centra en la

50 Como sostiene Sierra López, las medidas de seguridad se construyen y se aplican sobre un fundamento que poco tiene que ver con la certeza jurídica, ya que la utilización de métodos psicológicos y criminológicos en la elaboración del pronóstico conduce a un apartamiento de esta materia cada vez mayor con respecto a la legalidad y seguridad en el ámbito del Derecho Penal. SIERRA LÓPEZ, M. V.: *Las medidas de seguridad...,* ob. cit., p. 93. También sobre un elevado riesgo de subjetivismo en el juicio de peligrosidad: QUINTERO OLIVARES, G.: "Reflexiones sobre el monismo...", ob. cit., p. 576. Al respecto, ver: MUÑOZ CONDE, F.: "Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995", en *Cuadernos de Derecho Judicial,* vol. 24, Madrid, 1996, p. 301. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos,* Valencia, 2012, pp. 91 y sigs. Sobre las métodos utilizados para determinar la peligrosidad postdelictual: FERNÁNDEZ SASTRÓN, O. y ESBEC RODRÍGUEZ, E.: "Valoración de la peligrosidad criminal (Riesgo-Violencia) en Psicología forense. Instrumentos de evaluación y perspectivas", en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense,* vol. 3, 2002, pp. 65 y sigs.

51 En este sentido, von Hirsch, analizando distintos modelos utilizados para calcular la peligrosidad criminal de un sujeto, pone de manifiesto que, una vez que se abandona el campo psiquiátrico resulta mucho más difícil evaluar las diversas razones o condiciones que quizás inclinen a un individuo a la violencia en el futuro. VON HIRSCH, A.: "La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos", en CID, J. y LARRAURI, E. (coord.): *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?,* Valencia, 2005, p. 206.

52 En este sentido, Acale Sánchez considera que "La uniformización de la respuesta penal con independencia de la imputabilidad del autor daría lugar a la instrumentalización del imputable, al tratársele como si lo fuera, vulnerándose por tanto su dignidad personal". ACALE SÁNCHEZ, M.: "Medición de la Respuesta Punitiva y Estado de Derecho", Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal,* núm. 24, p. 224. De la misma autora, ver: "Libertad Vigilada", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010,* Valencia, 2010, p. 149.

53 PÉREZ MANZANO, M.: "Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia", en *Indret,* Barcelona, abril de 2011, p. 25.

actualidad en si la duración de las mismas debe guardar proporcionalidad con respecto a la gravedad del hecho, o bien, a la peligrosidad del autor[54]. Por otro lado, las distintas explicaciones ofrecidas no parecen suficientes para respaldar el hecho de que a un sujeto con plena capacidad de culpabilidad que ha cumplido una pena —proporcional a la gravedad del hecho cometido y a su culpabilidad— se le imponga, además, una medida adicional basada en un juicio incierto sobre la posibilidad de que reincida en la comisión de hechos delictivos.

Esta situación resulta clara en relación con la explicación ofrecida por Welzel que basa la justificación de la aplicación de las medidas en la carencia de libertad interna del sujeto, característica que lógicamente no es predicable de un sujeto plenamente imputable. Por otro lado, la idea de la ponderación de bienes no puede escapar a la objeción acerca de la imposibilidad de restringir en el presente derechos y libertades en virtud de daños futuros e inciertos. De esta manera, se trataría de un estado de necesidad hipotético en contraposición a un atentado a los derechos individuales presente y real. Si bien llegamos a la misma conclusión que Gracia Martín en relación a la falta de justificación del recurso a las medidas de seguridad, en contra de la idea propuesta por este autor, entendemos que esta incertidumbre que caracteriza al daño futuro no determinará la resolución del conflicto de intereses a favor de los derechos y libertades del individuo en el caso concreto, sino que directamente impedirá el planteamiento de la ponderación misma. Así, en nuestra opinión, la justificación en la intervención de los derechos del individuo no dependerá del grado de incidencia en estos derechos que la medida implique, ya que esta intervención por mínima que sea no esta justificada.

Por otro lado, varias son las objeciones que pueden plantearse a la postura mantenida por Frisch. Este autor intenta escapar de la incertidumbre que acarrea el concepto de peligrosidad postdelictual recurriendo a una "actitud de decisión" hacia el delito cuya persistencia en un futuro también resulta incierta. Esta peligrosidad, manifestada por la "actitud de decisión", legitimaría al Estado a recurrir a la aplicación de medidas adicionales a la pena que permitieran satisfacer los objetivos de la prevención especial que no pueden ser satisfechos con la sola aplicación de una pena.

En nuestra opinión, la prevención especial no puede ser entendida como un fin absoluto que pueda justificar la persistencia de una medida restrictiva de derechos en tanto no se logren sus fines. El Estado no puede restringir la libertad de un individuo de forma indefinida hasta tanto no se logre su resocialización, más aún considerando que en muchos casos eso no sucederá nunca. La probabilidad de la comisión de nuevos delitos por parte de un sujeto, como hecho futuro e incierto que es, no puede ser concebida como un interés preponderante que faculte al Estado a la aplicación de medidas adicionales a la pena. En este sentido, entendemos que no es posible defender la existencia de una obligación por parte del Estado de proteger los bienes jurídicos más allá de la medida de la pena[55]. Por otro lado, consideramos que la obligación del Estado de salvaguardar los derechos de la colectividad se agota en el mismo momento en que el delincuente satisface su deuda con la sociedad a través del cumplimiento de la pena impuesta. Además, durante el cumplimiento de dicha pena el Estado ha tenido la oportunidad de incidir en los fines de la prevención especial[56].

54 Sobre esta polémica, a favor del sistema del Código penal actual que limita la duración de las medidas de seguridad a la gravedad del injusto: Quintero Olivares, quien comentando el Proyecto de Código Penal de 1980 indicaba la necesidad de que las medidas fuesen proporcionales "a la gravedad del hecho cometido y la del que el sujeto pueda cometer". QUINTERO OLIVARES, G.: "Reflexiones sobre el monismo...", ob. cit., p. 576. A favor de que la proporcionalidad de la medida se establezca en relación a la peligrosidad criminal: CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español*..., ob. cit., p. 73. SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: "Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad", en *Revista Penal,* nº 17, Valladolid, 2006, p. 153. El autor considera que el sistema del Código penal desatiende con esta decisión la finalidad terapéutica de las medidas confundiendo su naturaleza. En el mismo sentido se pronuncia Sanz Morán, quien critica la intercambiabilidad de los internamientos civil y penal, ya que el internamiento civil es una vía esencialmente tutelar a la que resulta ajena la función de control de la peligrosidad criminal del sujeto. SANZ MORÁN, A.: "De nuevo sobre el tratamiento...", ob. cit., p. 109. También en este sentido: REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: "Peligrosidad criminal...", ob. cit., p. 20. JORGE BARREIRO, A.: "El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995", en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* nº 6, Madrid, 2000, p. 185.

55 En contra: LEAL MEDINA, J.: "La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma del Código penal: Una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves", en *Diario La Ley*, nº 7318, Madrid, 2010, p. 1.

56 En este sentido Sánchez Lázaro sostiene que los argumentos que permiten legitimar la imposición de una medida frente a un actor inimputable (incapacidad de orientación normativa, contenido o deberes de protección del Estado) no sirven para fundamentar la imposición de medidas de inocuización frente a un actor imputable; en estos casos, se tratará solamente de evitar riesgos a la sociedad. SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: "Un problema de peligrosidad postdelictual...", ob. cit., p. 151.

Entendemos que, tal como sostiene Musco, no puede justificarse un sistema que asigna a las medidas de seguridad la función de "pena extraordinaria", donde la medida se añada a la pena establecida de acuerdo a la culpabilidad del sujeto, ya que la identidad del contenido aflictivo y reeducativo hace ilegítima la aplicación conjunta. La medida de seguridad sería, por tanto, una forma de sanción destinada a cubrir espacios no reservados a la pena[57]. Consecuentemente, el legislador lejos de aceptar el fracaso de la pena en relación al cumplimiento de los fines de la prevención especial, pretendiendo desplazarlos hacia la medida, debería ocuparse de buscar el camino por el cual la pena pudiera realmente dar cumplimiento a la parte de prevención que le corresponde[58].

5. La libertad vigilada. ¿Pena accesoria o medida de seguridad?

Si la genérica previsión de medidas de seguridad posteriores a la pena para delincuentes imputables presenta un dudoso fundamento y una difícil justificación, esta situación se agudiza, aún más si cabe, en el caso de la libertad vigilada tal como está configurada en el Código penal actual. Al respecto, el primer punto que llama la atención del intérprete es la aplicación obligatoria que prevé el legislador de la libertad vigilada frente a delitos sexuales y delitos de terrorismo. Así, a pesar de que históricamente los distintos autores se han esforzado por encontrar una posible justificación de la aplicación de medidas de seguridad en el caso de delincuentes "por estado" o "habituales", el Código penal prescinde de este requisito, creando una inadmisible presunción de peligrosidad. Así, el legislador sólo facultará al juez para decidir la conveniencia de la aplicación de la medida en caso de que el sujeto haya cometido un solo delito sexual, sea un delincuente primario y siempre que se trate de un delito menos grave. Por otro lado, en el caso de los delitos de terrorismo, deberá tratarse de un solo delito, cometido por un delincuente primario y que éste haya sido condenado a una pena de prisión clasificada como menos grave.

El fundamento de la aplicación de las medidas de seguridad es la existencia de un juicio de probabilidad que indica que existen muchas posibilidades de que el sujeto vuelva a delinquir. Sin embargo, por ejemplo, en el caso de la comisión de un delito de determinación coercitiva a la prostitución de menores de trece años (delito que tiene prevista una pena de prisión de cinco a diez años, art. 188.3), el legislador estaría deduciendo inapropiadamente que el sujeto volverá a cometer otro delito de la misma naturaleza, prescindiendo, no sólo del indicio que puede significar la reiteración previa de hechos delictivos, sino también de la necesaria valoración global de las circunstancias del autor[59].

Tampoco parece fácilmente justificable que el legislador se haya replanteado el sistema monista de respuesta frente al delincuente imputable para decidir la aplicación de medidas de seguridad sólo frente a dos clases de hechos delictivos. Como se ha indicado, esta situación sólo puede deberse a la "urgente necesidad" de demostrar a la ciudadanía la preocupación del Gobierno frente a temas muy sensibles. El resultado final es la posibilidad de aplicar las nuevas medidas frente a dos tipologías delictivas que no guardan ninguna relación entre sí. En este sentido, García Albero considera injustificable la expulsión del sistema de gestión de riesgo de otros delincuentes con probada inclinación al delito por el hecho de ser psicópatas asesinos o maltratadores y no delincuentes sexuales, con lo cual puede sostenerse que la reforma descansa por completo en el "mito" de la incorregibilidad del delincuente sexual que ha sido cuestionada por estudios solventes[60]. En la

57 MUSCO, E.: *La Misura di Sicurezza Detentiva,* ob. cit., p. 272.

58 Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal justifica la necesidad de las medidas de seguridad para sujetos imputables de la siguiente manera: "Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia" (...) "Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad".

59 En este sentido García Albero explica que el legislador parte de una presunción *iure et de iure* de peligrosidad sin apoyo alguno en dato criminológico avalado científicamente, donde resulta indiferente que se trate de simple proxenetismo, explotación lucrativa de la prostitución, acoso sexual horizontal en el trabajo, entre otros. GARCÍA ALBERO, R.: "La nueva medida de seguridad de libertad vigilada", en *Revista Aranzadi Doctrinal,* num. 6, 2010, p. 6. También en este sentido Del Carpio sostiene que el legislador parece considerar que todos los delincuentes sexuales y los terroristas son peligrosos "*per se*". DEL CARPIO, J.: "La medida de seguridad de libertad vigilada...", ob. cit. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el legislador explicaba de la siguiente forma esta decisión: "La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido".

misma línea, Benítez Ortúzar sostiene que a través de la incorporación de estas medidas el legislador consolida para estas dos tipologías delictivas "un derecho penal de autor y un tratamiento penal —enmascarado en la denominación «medida de seguridad»— propio del llamado «Derecho penal del enemigo»[61]".

Nos resta, por tanto, responder al interrogante acerca de la conveniencia de configurar a la libertad vigilada como una pena accesoria o como una medida de seguridad. Como se ha explicado, el Anteproyecto de Reforma del Código penal de 14 de noviembre de 2008 proponía la inclusión en el Código penal de la libertad vigilada configurada como una pena accesoria. Con esta decisión, el legislador intentaba escapar a posibles críticas sobre la inconstitucionalidad de esta figura motivadas en la posible quiebra del principio de legalidad que podía originar su configuración como una medida de seguridad.

Al respecto, es necesario recordar que en la Sentencia 23/1986, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional sostenía que "...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 se seguridad sobre tipos de hechos 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»". Consecuentemente, y en orden a intentar evitar estas críticas, la Reforma operada en 2010 introduce la obligación de que la medida de seguridad de libertad vigilada sea impuesta por el juez en la condena junto a la pena, lo cual podría evitar la objeción sobre la posible violación del principio *non bis in idem*, ya que, de esta manera, la imposición de la medida de seguridad no implicaría una nueva sanción al hecho delictivo[62].

Por otro lado, el posible enfrentamiento con los postulados del principio *non bis in idem* no es la única objeción que puede plantearse a la libertad vigilada configurada como una medida de seguridad; así, la crítica que no logra salvar esta decisión es que estamos frente a verdaderas medidas predelictuales[63], que son contrarias al principio de culpabilidad. A pesar de que estas medidas se imponen en consideración a un hecho delictivo ya acaecido, no es posible dejar de lado la consideración de que, en el momento en que vayan a ser cumplidas, el sujeto sobre el que recaen ya habrá cumplido con la pena adecuada a su culpabilidad, es decir, se tratará de una persona que ya ha satisfecho su deuda con la sociedad y, por tanto, estas medidas sólo se impondrán en virtud de una peligrosidad futura[64].

---

60 GARCÍA ALBERO, R.: "La nueva medida de seguridad...", ob. cit., p. 6. En este sentido Díaz Sastre sostiene que si se considera que el sistema de penas ha fracasado no se entiende por qué no se prevé esta medida para todos los tipos delictivos. DÍAZ SASTRE, C.: "Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código Penal: la libertad vigilada como modalidad postpenitenciaria", en *Revista de Derecho y Proceso Penal,* Navarra, 2011, p. 56. Así, en relación a la pena accesoria de libertad vigilada Torán Muñoz proponía su utilización para los delitos de tráfico de drogas. TORÁN MUÑOZ, A. I.: "La nueva pena de libertad vigilada", en CASANUEVA SANZ, I. y PUEYO RODERO, J. A. (coord.): *El Anteproyecto de Modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos,* Bilbao, 2009, p. 103.

61 El autor considera que esta situación implica el reconocimiento de los delincuentes sexuales y terroristas como delincuentes de "estado". BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: "La nueva «medida de seguridad» de «libertad vigilada» aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del «Derecho Penal del Enemigo» por la LO 5/2010", en *Cuadernos de Política Criminal,* Madrid, 2011, p. 101. En contra, Del Carpio entiende que no puede afirmarse que la medida de libertad vigilada signifique la introducción de los postulados del Derecho penal del enemigo en el Código penal español. DEL CARPIO, J.: "La medida de seguridad de libertad vigilada...", ob. cit.

62 Al respecto: GARCÍA ALBERO, R.: "La nueva medida...", ob. cit., p. 1.

63 En este sentido el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008 sostenía: "Se excluye, en efecto, la idea de una medida de seguridad postpenitenciaria, zanjando el problema que en nuestro sistema constitucional hubiera podido plantear —de prosperar el proyecto decaído en la anterior Legislatura— su catalogación como verdaderamente postdelictual. No faltan opiniones que apuntan que aceptado el principio de que el cumplimiento de la pena extingue la responsabilidad criminal, cualquier restricción de derechos impuesta *a posteriori* en virtud de un pronóstico desfavorable pueda traducirse más allá del juego de etiquetas, en una medida en realidad predelictual".

64 En este sentido: BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: "La nueva «medida de seguridad» de...", ob. cit., p. 113. Silva Sánchez pone de relieve que en el "nuevo Derecho penal de la peligrosidad" se concibe como un Derecho de estricta seguridad frente al futuro y no de respuesta frente al pasado. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en Derecho comparado", en REDONDO, S. (coord.): *Delincuencia Sexual y Sociedad*, 2002, p. 156. Consecuentemente, el interrogante se centra en resolver si la configuración de la libertad vigilada como una pena accesoria podía escapar a esta crítica. Al respecto, creemos que mientras que la libertad vigilada concebida como una pena se mantuviera dentro de los límites de la culpabilidad

Intentando salvaguardar el principio de culpabilidad frente a la aplicación de medidas posteriores a la pena, Sánchez Lázaro hace una sugerente propuesta. Así, partiendo del presupuesto de que todas las medidas de seguridad tienen carácter aflictivo y que, por lo tanto, la aplicación de medidas a sujetos imputables tendrá siempre naturaleza de sanción jurídico-penal, el autor sostiene que estas medidas sólo podrán encontrar sustento en lo injusto y la medida de la culpabilidad. De esta forma, y aceptando que la reiteración de hechos delictivos implicará una mayor culpabilidad en el actor, será posible encontrar en este hecho una base material adicional para la aplicación de medidas preventivo-especiales con posterioridad al cumplimiento de la pena dentro de los márgenes que permita esa culpabilidad por el hecho[65].

El problema que subyace a la propuesta de Sánchez Lázaro es que parte de la discutible premisa de que la reiteración de conductas delictivas implica necesariamente una mayor culpabilidad por el hecho. Así, sobre esta cuestión no existe consenso; mientras una parte de la doctrina sostiene que la reincidencia y la multirreincidencia implican indudablemente una mayor gravedad de la culpabilidad[66], Mir Puig ha llegado incluso a sostener que "en el reincidente concurre una menor capacidad de resistencia frente al delito que puede verse como menor culpabilidad al volver a delinquir"[67]. Frente a este estado de cosas no parece que esta premisa sea un buen punto de partida sobre el cual construir un nuevo sistema de consecuencias jurídicas en nuestra Legislación penal.

Por tanto, creemos que la configuración de la libertad vigilada como pena accesoria encontraba menos escollos a la hora de su compatibilización con los principios informadores del Derecho penal[68]. Así, mientras que la libertad vigilada como medida de seguridad resulta incompatible con el principio de culpabilidad[69], la creación de una nueva pena accesoria podía implicar una

del autor, no había inconveniente alguno en sostener que se trataba de una consecuencia impuesta por un hecho pasado. En la medida en que la pena cumple también una función de prevención especial, entendemos que el legislador puede decidir, respetando el principio de proporcionalidad, la imposición de obligaciones adicionales a fin de reforzar el cumplimiento de los fines especial-preventivos.

65 SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: "Un problema de peligrosidad postdelictual...", ob. cit., pp. 155 y sigs. El autor, particularmente en relación a la custodia de seguridad aclara que estas medidas se presentarían como un tratamiento preventivo-especial alternativo a la reincidencia que excluiría la aplicación de la agravante de reincidencia del artículo 22. No obstante, no sería aplicable frente a todos los delitos, proponiendo, en especial, su aplicación frente a delitos contra la vida, integridad física, e indemnidad sexual.

66 GRACIA MARTÍN, L.: "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad...", ob. cit., p. 1000. Por otro lado, el autor también explica la cuestión de la siguiente forma: que un hecho sea realizado por un sujeto de forma habitual es una circunstancia objetiva o personal que puede dar lugar a un juicio de mayor gravedad del injusto ya sea porque esta circunstancia suponga una mayor peligrosidad objetiva de la acción o porque la comisión habitual suponga una mayor lesividad social que el hecho aislado ocasional. GRACIA, MARTÍN, L.: *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo",* Valencia, 2005, p. 172.

67 MIR PUIG, S.: "Observación a los Títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal de 1980", en *La Reforma Penal Penitenciaria,* La Coruña, 1980, p. 512.

68 A favor de la incorporación en el Código penal de la libertad vigilada como pena accesoria: GARCÍA ALBERO, R.: "Ejecución de penas en el proyecto de Reforma. Estudio de un problema concreto: ¿Qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?", en *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea,* Valencia, 2008, pp. 127 y sigs. En este sentido Nistal Burón sostiene: "... jurídicamente hubiera sido más acertado introducir esta nueva figura penal de la «libertad vigilada» como una nueva «pena accesoria», tal y como lo preveía el anteproyecto, aún con los inconvenientes que ello podría suponer, que como una medida de seguridad no privativa de libertad. La nueva figura penal de la «libertad vigilada» concebida como «pena accesoria» para determinadas categoría de delincuentes —terroristas y agresores sexuales— no generaría tanta inseguridad jurídica, como puede generar en su ejecución la nueva medida de seguridad no privativa de libertad". NISTAL BURÓN J.: "La nueva medida de «libertad vigilada». Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 793, Pamplona, 2010, p. 14. A favor de la incorporación de medidas aplicables a sujetos imputables: CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español,* ob. cit., p. 174. SANZ MORÁN, A. J.: "Reflexiones en torno a la idea de «Libertad Vigilada», en ARANGÜENA FANEGO, C.: *Espacio Europeo de libertad, seguridad y Justicia: Últimos avances en Cooperación Judicial Penal",* Valladolid, 2010, p. 298. REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: "Peligrosidad criminal...", ob. cit., p. 20. ALONSO ÁLAMO, M.: "Delito de conducta reiterada (Delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia", en *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón,* Valencia, 2004, p. 56. MONGE FERNÁNDEZ, A.: "Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena", en *Cuadernos de Política Criminal,* nº 95, Madrid, 2008, p. 129. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: "Consideraciones Político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada" en CASANUEVA SANZ, I. y PUEYO RODERO, J. A. (coord.): *El Anteproyecto de Modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos,* Bilbao, 2009, p. 66. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: "Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena", en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3ª Época, nº 1, Madrid, 2009, p. 202. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "La Libertad vigilada...", ob. cit., p. 233.

69 En opinión de Gudín Rodríguez Magariños a través de la incorporación de este tipo de medidas el concepto de peligrosidad trata de erigirse como el principio fundamental del nuevo Derecho penal desplazando a los conceptos de culpabilidad y de daño al bien jurídico

reformulación de la proporcionalidad del hecho, considerando, en todo caso, que la privación de libertad unida a la pena accesoria indicaban la medida de la pena adecuada a la culpabilidad del autor. Indudablemente para que esta premisa fuera válida, hubiera sido necesario que el legislador se hubiera planteado la necesidad de incorporar esta medida en todos los delitos graves[70], con lo cual es posible afirmar que ambas regulaciones presentan deficiencias en común.

6. Propuestas de *lege ferenda*

Partiendo de la premisa de la carencia de fundamento y justificación de la que gozan las medidas de seguridad aplicables a sujetos plenamente responsables y de la inconveniencia del constante recurso a la agravación de la pena para intentar frenar la reincidencia de determinados delincuentes[71], podemos plantearnos si subsiste un ámbito al que pueda extenderse la utilización de medidas de seguridad sin que ello signifique una ruptura con los principios constitucionales. De esta manera, si analizamos el caso del delincuente sexual, la alarma social frente a hechos de especial gravedad y la necesidad de responder frente a determinados sujetos mediante la aplicación de medidas puede resultar entendible. No obstante, creemos que en este ámbito el problema viene determinado, en gran medida, por la insatisfactoria respuesta que otorga la Jurisprudencia frente a los casos de sujetos afectados por trastornos antisociales de la personalidad, también llamados psicópatas[72]. El delincuente sexual cuya reincidencia, por ser altamente probable, genera mayor preocupación es aquel afectado por un trastorno de la personalidad. Este tipo de delincuente es, en la mayor parte de los casos, considerado plenamente responsable, al ser capaz de comprender el alcance de la norma y de adecuar su comportamiento a dicha comprensión.

Las psicopatías son trastornos de la personalidad que normalmente no producen alteraciones en las capacidades intelectual y volitiva pero que sí afectan a otro tipo de facultades, normalmente anulando o disminuyendo la capacidad afectiva del sujeto[73]. Tradicionalmente, la Jurisprudencia sólo ha decidido la aplicación de eximentes incompletas en casos en los que estos trastornos se presentan junto a otras circunstancias que sí pueden afectar la capacidad de culpabilidad, como por ejemplo la adicción a las drogas[74].

La consecuencia de esta situación es que el sujeto afectado por el trastorno de personalidad en la mayor parte de los casos ha sido considerado imputable, por lo que sólo resultaba aplicable una pena adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, solución a todas luces insuficiente teniendo en cuenta las características de estos trastornos[75]. De esta manera, entendemos que la necesidad de reforzar la intervención con fines de prevención especial frente a estos sujetos puede haber llevado al legislador a la creación

protegido, propios de un sistema democrático de garantías. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *La nueva medida de seguridad postdelictual...,* ob. cit., pp. 91 y ss.

70 Con lo cual, tampoco se pretende defender la libertad vigilada tal como estaba configurada por el Proyecto de Reforma del Código penal de 2007 y por el Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008.

71 En este sentido Agudo Fernández propone suprimir la agravante de reincidencia del artículo 22. 8ª y la circunstancia agravante de reincidencia cualificada del artículo 66.1.5ª y en cambio tomar en consideración los antecedentes del reo en el momento de la individualización de la pena. AGUDO FERNÁNDEZ, E.: "La nueva agravante de reincidencia...", ob. cit., p. 453. En el caso de Mir Puig, el autor sostiene que "ni la mayor «perversidad» del reincidente ni su más elevada «peligrosidad» pueden justificar el recurso a la pena. La perversidad constituye un *modo de ser* y el Derecho penal actual no puede castigar más que hechos, no personalidades". MIR PUIG, S.: "Observación a los Títulos preliminar...", ob. cit., p. 511. También a favor de la supresión de la agravante de reincidencia: MONGE FERNÁNDEZ, A.: "Aproximaciones dogmáticas...", ob. cit., p. 128. ALONSO ÁLAMO, M.: "Delito de conducta reiterada...", ob. cit., p. 73. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: "Medidas de seguridad complementarias...", ob. cit., p. 210.

72 El término "psicopatía" nunca ha sido recogido en las clasificaciones internacionales donde se ha utilizado la denominación "trastornos de la personalidad". El Tribunal Supremo suele utilizar el término "psicopatía" de una forma amplia para referirse a diversos trastornos de la personalidad. Particularmente dentro de las distintas psicopatías son los sociópatas los que mayores problemas jurídico-penales presentan en la práctica. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y FONSECA MORALES, G. M.: *Trastornos de la personalidad (psicopatías) Tratamiento Científico y Jurisprudencial,* Madrid, 2006, p. 28. También al respecto: SÁNCHEZ GARRIDO, F. J.: "Fisonomía de la Psicopatía. Concepto, Origen, Causas y Tratamiento Legal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3ª Época, nº 2, Madrid, 2009, p. 91.

73 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General,* Valencia, 2010, p. 368.

74 JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y Fonseca Morales, G. M.: *Trastornos de la personalidad...,* ob. cit., p. 79.

75 Así, Cerezo Mir ha reiterado en numerosas ocasiones la necesidad de crear centros de terapia social para el tratamiento del delincuente psicópata. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español...,* ob. cit., p. 174. Del mismo: *Problemas Fundamentales del derecho Penal,* Madrid, 1982, p. 155. En el mismo sentido: GUISASOLA LERMA, C.: *Reincidencia y Delincuencia habitual*, 2008, Número Epígrafe VII (*Tol 1335141)*.

de la nueva figura de la libertad vigilada. No obstante, los psicópatas no sólo cometen delitos sexuales, ni tampoco la solución adoptada parece ser la más adecuada[76].

En los últimos años el Tribunal Supremo ha recurrido en varias ocasiones a la figura de la atenuante analógica en relación con la eximente incompleta para aplicar medidas de seguridad a sujetos que presentan una grave psicopatía[77]. Para que el Tribunal proceda a esta decisión requiere que se compruebe que la gravedad de la dolencia es de tal entidad que logre incidir en la imputabilidad del sujeto[78], es decir, en su capacidad intelectual o volitiva y siempre que la psicopatía esté en relación directa con la comisión del delito[79]. Consideramos que, sin embargo, esta evolución de criterios es aún insuficiente. Por otro lado, creemos que esta decisión del Tribunal Supremo sugiere la necesidad de replantearse el concepto de inimputabilidad. En nuestra opinión, es necesario considerar la posibilidad de que, aún cuando las facultades afectadas no sean la intelectual o la volitiva, la afectación de otras facultades también puede dar lugar a una disminución de la imputabilidad del sujeto.

Compartimos la opinión de Robles Planas cuando sostiene que es muy probable que ciertos aspectos del principio de culpabilidad deban ser revisados y que hasta la fecha no sepamos exactamente qué significa la culpabilidad, aunque resulta cierto que su reconocimiento tiene que ver con la consideración del otro como sujeto autónomo, como persona autorresponsable y como coautor de reglas y normas[80]. En este sentido, la inconveniencia de la aplicación de medidas de seguridad para todos los sujetos imputables unida a la aparente insuficiencia de la pena para el tratamiento de ciertos sujetos sugiere la conveniencia de revisar los límites del concepto de imputabilidad[81]. Más allá de esta necesidad, y de acuerdo a la actual concepción, sería posible identificar un grupo de supuestos que se hallan en la frontera entre la imputabilidad y la semiimputabilidad, para los cuales el recurso exclusivo a la pena puede no ser suficiente[82].

Así, centrándonos en el análisis de la situación de los sujetos afectados por psicopatías, se sostiene que el egocentrismo y la falta de empatía son las características más acentuadas en estos individuos. Se trata

76 En este sentido, Feijoo Sánchez sostiene que no tiene sentido que las medidas puedan aplicarse al psicópata que viola y no al psicópata que mata. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "La Libertad vigilada...", ob. cit., p. 235.

77 Poniendo de relieve esta situación: GUISASOLA LERMA, C.: *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, Número Epígrafe VII (*Tol 1335141)*.

78 La interpretación que la doctrina daba al artículo 8 del Código Penal de 1973 sostenía que para la aplicación de las eximentes el sujeto debía sufrir una enfermedad mental, y las psicopatías no eran consideradas enfermedades mentales por no estar incluidas como tales en las clasificaciones internacionales. A partir del reconocimiento del psicópata como enfermo mental por la Novena Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales realizada por la Organización Mundial de la Salud, los tribunales tuvieron que asumir esta catalogación. Además, el nuevo Código penal no requiere que el sujeto este "enajenado", sino sólo que presente una "alteración" o "trastorno". JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y FONSECA MORALES, G. M.: *Trastornos de la personalidad...,* ob. cit., p. 74. También ver: JORGE BARREIRO, A.: "El enfermo mental delincuente...", ob. cit., p. 204. SÁNCHEZ GARRIDO, F. J.: "Fisonomía de la Psicopatía...", ob. cit., p. 118.

79 En la Sentencia del Tribunal Supremo num. 958/2011 se establece lo siguiente: "...esta Sala, en los casos en que dichos trastornos deban influir en la responsabilidad criminal, ha aplicado en general, como mucho, la atenuante analógica, reservando la eximente incompleta para cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o esta acompañado de otras anomalías relevantes como el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus grados iniciales, la histeria, la toxicomanía, etc. Y, aún en estos casos, de lo que se trata es de determinar la capacidad de quien padece el trastorno para comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión." No se aprecia alteración de las capacidades: STS 126/1998 de 5 de febrero; STS de 11 de septiembre de 1991; STS núm. 957/2007 de 28 de noviembre y STS núm. 1599/2003 de 24 de noviembre. Se aplica atenuante por analogía: STS 218/2003 de 18 de febrero; STS 1144/2004 de 11 de octubre; STS 5/2011 de 25 de enero. Se aplica atenuante muy cualificada: STS de 3 de julio de 1991. Se aplica atenuante analógica en relación con la eximente incompleta en caso de un psicópata-toxicómano: STS 2595/1993 de 22 de noviembre. Se aplica la eximente incompleta en caso de un psicópata alcohólico: STS 659/1995 de 11 de mayo; STS 2440/2001 de 22 de diciembre. Al respecto, ver: JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y FONSECA MORALES, G. M.: *Trastornos de la personalidad...,* ob. cit., p. 78.

80 ROBLES PLANAS, R.: "Sexual Predators"..., ob. cit., p. 18.

81 En este sentido, es necesario poner de manifiesto que los estudios en el campo genético demuestran que ciertas manifestaciones de comportamiento antisocial con un sustrato de psicopatía poseen una base genética. Sobre las posibilidades de que estas investigaciones permitan conocer nuevos supuestos de inimputabilidad: CUESTA PASTOR, P. J.: "Los mecanismos de identificación y su uso en el proceso penal: Interrogantes a propósito de la «huella de ADN»", en ROMEO CASABONA, C. M.: *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad,* Bilbao-Granada, 2002, p. 111.

82 Robles Planas se manifiesta a favor del desarrollo de un sistema de intervención individual que implique diversos grados de heterotutela y por el cual el Derecho de las medidas de seguridad experimentara una importante transformación y la correspondiente desvinculación del derecho de la pena. ROBLES PLANAS, R.: "Sexual Predators"..., ob. cit., p. 19.

de sujetos incapaces de situarse en el lugar de las demás personas, a quienes manipulan como si se tratase de objetos, satisfaciendo sus deseos sin importar las consecuencias que sus actos puedan tener[83]. Hare explica, además, que el psicópata no anticipa en sentido emocional las consecuencias desagradables de su comportamiento. Así, en un sujeto normal la anticipación individual del dolor o de la incomodidad coincide con un estado emocional provocado por ciertas señales de peligro y caracterizado por sentimientos de aprensión y motivación del sistema autónomo. De esta forma, el grado de miedo o ansiedad suele estar en relación inversa con respecto a la tardanza del dolor o de la incomodidad anticipados, lo que conduce a que un hecho desagradable muy poco anticipado active más el miedo que otro hecho semejante, pero más anticipado.

Por otro lado, en el caso del psicópata se presenta una marcada tendencia a satisfacer sus necesidades inmediatas, incluso corriendo el riesgo de experimentar algunas incomodidades en el futuro. Por ello se puede comprobar que el dolor y las incomodidades del futuro tienen en el psicópata una escasa repercusión inmediata[84]. Esto nos lleva necesariamente a que la amenaza de la pena tenga poco influencia en el comportamiento de un psicópata a la hora de satisfacer necesidades presentes[85]. Esta información sugiere que no es posible pensar que un trastorno que determine este tipo de limitaciones en el comportamiento del sujeto pueda no tener un reflejo en la culpabilidad del individuo[86].

Por ello, independientemente del posible replanteamiento del alcance de la imputabilidad, el cual, lógicamente, afectaría a conceptos muy arraigados en la dogmática penal, existen otras opciones plausibles. En este sentido, sería conveniente la creación de una atenuante a incluir en el artículo 21 que recogiera la relevancia de una alteración o trastorno mental que afectara a facultades del sujeto que no incidieran en las capacidades intelectual y volitiva[87]. En este sentido, sería posible mantener la incidencia en las capacidades intelectual y volitiva como factor que determina la inimputabilidad o semiimputabilidad del sujeto, aceptando al mismo tiempo que la incidencia en otro tipo de facultades, como por ejemplo la facultad afectiva, también puede provocar una disminución en la culpabilidad del individuo.

De esta manera, creemos que la concurrencia de una atenuante que implique una disminución de la culpabilidad del imputado debería permitir la aplicación de una medida de seguridad. Se trataría, por tanto, de posibilitar la aplicación de medidas de seguridad sólo frente a un grupo específico de sujetos imputables, aquéllos que presentan una culpabilidad disminuida por una razón patológica. Esto permitiría, al mismo tiempo, reforzar la intervención preventivo-especial sobre estos sujetos y salvaguardar la autonomía de la voluntad del sujeto plenamente responsable[88], evitando con ello un indebido y mal entendido paternalismo del Estado en relación a un sujeto capaz de autodeterminarse. La aplicación de

83 HARE, R.: *La psicopatía. Teoría e investigación,* Barcelona, 1984, p. 17. También ver: LÓPEZ MIGUEL, M. J. y NÚÑEZ GAITÁN, M. C.: "Psicopatía vs. Trastorno antisocial de la personalidad", en *Revista Española de Investigación Criminológica,* núm. 7, 2009, p. 4. PALLARO, H. A. y GONZÁLEZ-TRIJUEQUE, D.: "Informe Forense: imputabilidad y trastorno antisocial de la personalidad", en *Cuadernos de Medicina Forense,* Sevilla, enero de 2009, pp. 55 y sigs.

84 HARE, R.: *La psicopatía...,* ob. cit., p. 116.

85 Ampliamente al respecto: FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "La Libertad vigilada...", ob. cit., p. 234 (ver cita 25).

86 En este sentido, Leal Medina refiriéndose al nuevo Código de 1995, sostiene: "El legislador con la nueva regulación, quiere dejar claro que para la valoración de la imputabilidad, lo importante es el análisis de conjunto de todas las circunstancias, situaciones o condiciones psíquicas; cognitivas, afectivas o emocionales, que modifiquen, varíen o alteren de forma relevante el pensar y el querer, teniendo en cuenta el hecho, el autor y la víctima". LEAL MEDINA, J.: "La doctrina legal del trastorno obsesivo compulsivo en relación con el art. 20.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170). La incidencia biológica y social en el juicio de inimputabilidad y sus efectos", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 619, Pamplona, 2004, p. 2.

87 En este sentido, Vega Gutiérrez considera que no es posible obviar el hecho de que en determinados casos los psicópatas no tienen la misma capacidad de autocontrol que las personas normales, razón por la cual podría valorarse como mínimo la posibilidad de recurrir a la aplicación de una atenuante. VEGA GUTIÉRREZ, Z.: "Las enfermedades mentales y la drogodependencia frente al Derecho penal: análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial", en *Colección Ciencias Jurídicas,* nº 21, febrero 2006, Managua, p. 20.

88 Resulta necesario emprender la búsqueda de posibles tratamientos para el delincuente psicópata partiendo de la innegable realidad de los escasos resultados que se han obtenido hasta el momento. En este sentido, Hare, explica que entre las razones de esta situación se encuentra la incapacidad de estos sujetos de mostrar la empatía, la cordialidad y la sinceridad necesarias para desarrollar el tipo de relaciones emotivas que una terapia efectiva requiere, además de que el sujeto tampoco es capaz de participar activamente o de dejarse absorber de un modo personal y profundo en los procesos terapéuticos. HARE, R.: *La Psicopatía...,* ob cit., p. 154. No obstante, entendemos que esta situación no puede ser utilizada como excusa para abandonar los intentos de resocialización.

un sistema vicarial, de características similares al utilizado para sujetos semiimputables, permitiría, además, salvaguardar el principio de culpabilidad.

Entendemos que la unidad de tratamiento que tradicionalmente se le ha dado al delincuente "habitual peligroso" y al enfermo mental responde a una cierta identificación del delincuente de estado como un sujeto "semiimputable", es decir, como un sujeto que ha sido llevado por las circunstancias de forma no culpable a una vida dedicada al crimen[89]. No obstante, dentro del grupo de habituales peligrosos es necesario distinguir a aquellos sujetos que, una y otra vez, cometen hechos delictivos de similares características porque no han tenido la posibilidad real de tomar decisiones conforme a la norma de aquellos otros que hacen del delito su forma de vida por propia elección. Dentro del primer grupo deberíamos situar a una parte de los delincuentes sexuales[90], para cuya aplicación está pensada la figura de la libertad vigilada, y dentro del segundo grupo a los terroristas, que ni son psicópatas, ni sujetos semimputables y cuya actuación, por más censurable que sea, no justifica la aplicación de medidas adicionales a la pena[91].

Tal como sostiene García Albero, es indudable que nuestro Ordenamiento requiere de algún instrumento que permita neutralizar o minimizar la peligrosidad criminal de algunos sujetos considerados imputables, siendo imprescindible que las medidas se limiten a determinados perfiles[92]. Resulta, por tanto, necesario acotar adecuadamente el ámbito de aplicación de estas medidas, limitándolas al campo de las patologías y logrando, con ello, respetar los principios informadores del Derecho penal.

89 Propiciando para los delincuentes habituales peligrosos una combinación de pena y medidas similar al sistema vicarial aplicable a sujetos semiimputables: SANZ, MORÁN, A.: "De nuevo sobre el tratamiento...", ob. cit., p. 1100. Del mismo, ver: "El tratamiento del delincuente habitual", ob. cit., p. 130.

90 En este sentido, Boldova Pasamar sostiene que la libertad vigilada implicaría un reconocimiento de una categoría *sui generis* de semiimputabilidad para los delincuentes sexuales. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: "Consideraciones político-criminales...", ob. cit., p. 62.

91 Así, Portero Lazcano sostiene que el terrorismo no se explica desde la psicología individual sino desde la psicología social y organizacional. PORTERO LAZCANO, G.: "La libertad vigilada en el Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal: perspectiva desde el ámbito de las ciencias de la conducta" en CASANUEVA SANZ, I. y PUEYO RODERO, J. A. (coord.): *El Anteproyecto de Modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos,* Bilbao, 2009, p. 101. En el caso de Feijoo Sánchez, el autor sostiene que, en el supuesto de los delincuentes terroristas, la libertad vigilada no es más que un instrumento para inocuizar los recursos humanos de las organizaciones terroristas. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "La Libertad vigilada...", ob. cit., p. 231.

92 GARCÍA ALBERO, R.: "La nueva medida...", ob. cit., p. 3. Del mismo: "Ejecución de penas en el Proyecto de reforma...", ob. cit., pp. 127 y sigs.