

## MEDIDAS DE SEGURIDAD COMPLEMENTARIAS Y ACUMULATIVAS PARA AUTORES PELIGROSOS TRAS EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR

Catedrático de derecho Penal  
Universidad de Granada

**Resumen:** En el trabajo se analiza el tema de si es posible imponer una medida de seguridad complementaria y acumulativa a la pena al autor culpable de una pluralidad de delitos muy graves que va a ser ex-carcelado (por haber cumplido su pena) pese a que consta que no se ha rehabilitado y que representa un peligro cierto de seguir cometiendo hechos de extrema gravedad. La respuesta a esta cuestión en el Derecho Penal español es en la actualidad negativa. Pero ello no se debe a que nuestro legislador haya optado conscientemente a favor del paradigma de la libertad (que impide imponer privaciones de libertad de larga duración) en detrimento del paradigma de la seguridad (que persigue la efectiva y eficaz protección de la sociedad y de las víctimas). Por el contrario, el vacío legal apuntado se debe a que el legislador ha incurrido en errores de bulto tanto al configurar el sistema de doble vía como al estructurar el Derecho Penal de culpabilidad (especialmente con relación al autor reincidente). Por ello es necesario preguntarse, en el contexto de un adecuado equilibrio entre el paradigma de la seguridad y el de la libertad, bajo qué condiciones sería lícito que nuestro Derecho Penal previera en el futuro este tipo de medidas de seguridad acumulativas a la pena y cuáles podrían ser éstas.

El trabajo se cierra con un análisis crítico de esta cuestión tal y como se configuró en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el Código Penal (BOCG de 15 de enero de 2007).

**Abstract:** This work examines whether it is possible or not to impose an additional security measure and a cumulative sentence to an author found guilty of a variety of very serious crimes who is going to be

released from prison (after having met his sentence) despite of being certain that he has not been rehabilitated and that he still represents a real danger of committing acts of extreme gravity. The answer to this question in the Spanish Criminal Law is currently negative. But this is not because our legislator has consciously opted for the freedom paradigm (which prevents imposing long-term deprivations of liberty) to the detriment of the security paradigm (which pursues an effective and efficient protection of the society and the victims). On the contrary, the mentioned legal loophole is due to major errors committed by the legislator both configuring the twofold mechanism and structuring guilt in the Criminal Law (especially in relation with the habitual offender). It is therefore necessary to ask, in the context of an appropriate balance between the paradigm of security and freedom, under which conditions it would be appropriate that our Criminal Law anticipates in the future this type of security cumulative measures to the sentence and what they might be. This work concludes with a critical analysis of this issue as it was configured in the Law Amendment Project to the Criminal Law (BOCG, January 15, 2007).

**Palabras clave:** Castración, culpabilidad, custodia de seguridad, delincuentes en serie, doble vía, medidas de seguridad, paradigma de la seguridad, peligrosidad criminal, pena, reforma penal, reincidencia

**Key words:** Castration, guilt, security custody, serial criminals, twofold mechanism, security measures, security paradigm, criminal riskiness, sentence, criminal law reform, recidivism.

1. Debe reconocerse que el potencial de recursos punitivos-preventivos (penas y medidas de seguridad) de que dispone el Código Penal español de 1995 para hacer frente a delincuentes *especialmente peligrosos* es suficiente en la generalidad de los casos. Sin embargo, también parece obligado admitir que la legislación penal española incurre en algunos errores de concepción del sistema de doble vía y del Derecho Penal de culpabilidad y ello puede originar, y origina de hecho, problemas graves en el ámbito indicado, aunque sólo sea en casos excepcionales. Me referiré, en primer termino, a los problemas de concepción del sistema de doble vía.

Como es sabido, en el marco de las teorías e la unión<sup>1</sup>, el Derecho Penal dispone de un sistema de doble vía de reacciones penales dife-

---

<sup>1</sup> Las teorías absolutas de la pena no concebían a las medidas de seguridad y las teorías relativas lo que no concebían eran diferencias entre penas y medidas de seguridad. Cfr. *Bacigalupo Zapater*. «Principios de Derecho Penal». Parte General. Madrid, 1997, p. 23.

rentes. Penas y medidas de seguridad no se diferencian por su fundamento (la necesidad) ni por su finalidad preventiva (aunque los fines preventivos se persigan de forma diferente en unas y otras); pena y medida de seguridad se diferencian por sus límites. Llamamos penas a las sanciones limitadas por el principio de culpabilidad y medida de seguridad a las limitadas por el principio de proporcionalidad<sup>2</sup>. En efecto, la pena es una sanción en la que el Estado se autolimita por el principio de culpabilidad: y éste debe ser el instrumento con el que el Derecho Penal reaccione como regla general porque es el que permite el más adecuado equilibrio entre los intereses que protege y los intereses del justiciable<sup>3</sup>. Dicho de otra forma: por regla general, el Estado sólo debe aspirar a alcanzar sus fines preventivos en el marco trazado por la culpabilidad del autor<sup>4</sup>. Pero puede suceder, con carácter excepcional, que no se pueda imponer una pena adecuada a la culpabilidad del autor (sujetos inimputables) o que la peligrosidad del autor sea tan grande que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger los intereses de la sociedad. Para estos casos el Derecho Penal dispone de las medidas de seguridad que, al prescindir del límite de la culpabilidad, permiten intervenciones estatales más incisivas por estar vinculadas al límite de la proporcionalidad (a la gravedad del hecho y a la peligrosidad del autor)<sup>5</sup>.

Desde luego que la pena y la medida de seguridad pueden relacionarse internamente en el marco de lo que ha dado en llamarse el «nuevo monismo»<sup>6</sup>, que se caracterizaría, en primer lugar, por reconocer a la pena y a la medida de seguridad como sanciones *ampliamente fungibles* (concretamente, en el sistema vicarial la pena y la medida de seguridad operan *alternativamente* y sustituyéndose la una a la otra); en segundo término, ese «nuevo monismo» se caracterizaría también por proponer darle a la pena el contenido de la medida y de rodear a la medida de las garantías de la pena (a excepción, claro está, del límite que supone el principio constitucional de culpabilidad). El monismo no debería llegar, sin embargo, hasta el extremo (radical) de proponer la abolición de la pena en favor de la medida de seguridad ya que no parece deseable políticamente que la

<sup>2</sup> Cfr. *Roxin*. «Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito». Madrid, 1997, p. 105.

<sup>3</sup> Vid. *Roxin*. «Derecho Penal». Cit., p. 103.

<sup>4</sup> Vid. *Roxin*. «Derecho Penal». Cit., p. 104.

<sup>5</sup> Vid. *Roxin*. «Derecho Penal». Cit., p. 105.

<sup>6</sup> Cfr. *Quintero Olivares*. «Parte General del Derecho Penal». Con la colaboración de *Fermín Morales Prats*. Pamplona, 2007, p. 118. *Roxin*. «Derecho Penal». Cit., p. 106. *Bacigalupo Zapater*. «Principios de Derecho Penal». Cit., p. 24.

excepción (la intervención penal mas incisiva e intensa en los derechos individuales) se eleve a la categoría de regla general<sup>7</sup>.

Pero interesa destacar ahora que el *sistema de doble vía* de reacciones penales diferentes del que dispone el Derecho Penal *no se caracteriza porque prevea la imposición de penas a los autores capaces de culpabilidad y medidas de seguridad a los autores incapaces de culpabilidad; el sistema de doble vía se caracteriza, por el contrario, porque prevé penas para los autores culpables y medidas de seguridad para los autores peligrosos (sean o no capaces de culpabilidad)*<sup>8</sup>.

2. Y aquí es justamente donde el legislador penal español de 1995 incurre en un error básico de concepción del sistema de doble vía, ya que vincula la aplicación de las medidas de seguridad *solamente* a la exclusión (total o parcial) de la culpabilidad del autor, esto es, reduce la aplicación de las medidas de seguridad exclusivamente a autores incapaces (total o parcialmente) de culpabilidad (art. 20, 1, 2 y 3 y art. 21, 1.<sup>a</sup> en relación con los arts. 101 a 104 CP)<sup>9</sup>. Desde luego debe tratarse de autores que, además, sean peligrosos en los términos del art. 95, 2.<sup>a</sup> CP («que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos»). Pero, y esto es lo que quiero ahora subrayar, en nuestra legislación penal *no se prevé vincular o aplicar medidas de seguridad a autores peligrosos que sean plenamente culpables*. Esto es: el Derecho Penal español, en la actualidad, no contempla la posibilidad de imponer medidas de seguridad a sujetos imputables que manifiesten peligrosidad criminal<sup>10</sup>. Y ello deja sin respuesta penal a algunos casos —sin duda excepcionales— que seguramente requieran por su gravedad una respuesta formal y racional del Estado que, entre otras cosas, evite respuestas informales e irracionales de algunos sectores de la ciudadanía: me refiero a los casos *en los que es excarcelado (por haber cumplido su pena y extinguido*

<sup>7</sup> Cfr. *Roxin*. «Derecho Penal». Cit., p. 107.

<sup>8</sup> En este sentido: *Bacigalupo Zapater*. «Principios de Derecho Penal». Cit., p. 23.

<sup>9</sup> Al legislador penal de 1995 ¡¡se le olvidó incluso prever medidas de seguridad para los autores en los que concurría la atenuante de grave adicción a las drogas (art. 22, 2.<sup>a</sup> CP)!! Y es que las prisas son malas consejeras, aunque son peores la falta de interés y la indolencia que han impedido corregir este descomunal error en los doce años siguientes. La situación se ha podido salvar gracias a la doctrina del Tribunal Supremo que, recurriendo a la analogía en favor del reo (??), permite aplicar medidas de seguridad en los casos indicados y en aquellos otros en los que concurre solamente la atenuante analógica del art. 21, 6.<sup>a</sup> CP (SSTS. 13 de junio de 1990, 29 de abril de 1991 y 12 de febrero de 1993).

<sup>10</sup> Cfr. *Robles Planas*. «Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». InDret. n.º 4. 2007, p. 4.

*su responsabilidad criminal) el autor de una pluralidad de delitos muy graves que no se ha rehabilitado con la pena y que representa un peligro actual y cierto de seguir cometiendo hechos de extrema gravedad.*

El problema es, en la actualidad, menos grave que el que se planteaba con el CP-73 cuyos efectos estamos sintiendo todavía hoy con los casos que saltan a la opinión pública. Sin redención de penas por el trabajo y con el nuevo art. 78 CP-95 que garantiza el cumplimiento íntegro de las penas (de 20, 30 ó 40 años), es difícilmente concebible que una persona condenada, por ejemplo, a una pena de 311 años de prisión, *tenga que* quedar en libertad cuando lleve cumplidos tan solo 16 años. Incluso para los casos juzgados bajo la vigencia del CP-73, la duración de la condena del reo se puede ampliar recurriendo a la «doctrina Parot» (STS. de 20 de febrero de 2006) —aunque esta doctrina se debe aplicar, o dejar de aplicar, en todos los casos, y no dependiendo de que lo interese o no el Ministerio Fiscal por razones vinculadas a las repercusiones del caso en la prensa<sup>11</sup>—. Pero el caso es que a pesar de «doctrina Parot» (para los hechos enjuiciados con el CP-73) y del art. 78 CP-95 (sobre el cumplimiento íntegro de las penas), el problema seguirá existiendo (pues siempre llegará el momento de tener que excarcelar al sujeto con independencia de que el mismo siga siendo extraordinariamente peligroso).

Por lo tanto, la cuestión sería la siguiente: ¿sería lícito imponer una medida de seguridad *complementaria y acumulativa a la pena* al autor culpable de una pluralidad de delitos muy graves que va a ser excarcelado (por haber cumplido su pena y extinguido su responsabilidad criminal) cuando consta que no se ha rehabilitado con la pena y que representa un peligro actual y cierto de seguir cometiendo hechos de extrema gravedad? Nos estaríamos refiriendo básicamente a delincuentes profesionales y habituales, delincuentes de tendencia y en serie y delincuentes por convicción (terroristas), etc.

3. La cuestión aparece íntimamente vinculada al debate entre dos lógicas (o paradigmas): el paradigma (o la lógica) de la seguridad y el paradigma (o la lógica) de la libertad. El paradigma de la seguridad, basado en la previsión de cláusulas legales específicas que habilitan al Juez penal a imponer una privación de libertad de larga duración (sea en forma de pena o de medida de seguridad), persigue

---

<sup>11</sup> La SAP de Barcelona de 27 de julio de 2007 no aplicó la «doctrina Parot» a un supuesto que se le planteó recientemente porque en su recurso el Ministerio Fiscal pedía de forma extemporánea que se revisara todo un proceso complejo de revisión de condena (entre dos Códigos Penales) plasmado en resoluciones judiciales *firμες* con las que el Ministerio Fiscal siempre se había manifestado *conforme*.

básicamente la efectiva y eficaz protección de la sociedad y de las víctimas<sup>12</sup>. En esta línea destaca, entre otros, el planteamiento de *Jakobs*, quien considera que el Derecho Penal de enemigo, además de a los terroristas, enemigos tradicionales del sistema, debe ser aplicado también a otras dos formas de criminalidad: en particular, y por lo que supone de contrariedad a la identidad social, a la delincuencia económica organizada y, por no estar en condiciones de garantizar un desarrollo ordenado de su vida en sociedad, a ciertos delincuentes extraordinariamente peligrosos y de tendencia. Se trataría, eso sí, en este último caso, de un Derecho Penal de enemigo limitado a la admisión de la custodia de seguridad como medida de seguridad que se impone tras la pena como consecuencia de dar preferencia a la peligrosidad del autor sobre su culpabilidad<sup>13</sup>. El paradigma de la libertad, basado en el principio de culpabilidad y en la pena como reparación y expresión normativa de reprobación, excluye el uso indiscriminado, generalizado y mecánico del Derecho Penal como instrumento de combate frente a conductas peligrosas futuras de los ciudadanos<sup>14</sup>. En esta línea destaca, entre otros, el planteamiento de *Quintero Olivares*, quien considera que la medida de seguridad acumulativa (no alternativa) a la pena, impuesta tras el cumplimiento de la pena, *sólo se justificaría por un defensismo a ultranza y supondría un drástico aumento del castigo*<sup>15</sup>.

Como en otros muchos ámbitos del pensamiento, probablemente en el medio esté la virtud. Desde luego que no debemos renunciar totalmente a la seguridad, pero si debemos renunciar a la seguridad total. Quiere ello decir que *bajo determinadas condiciones* puede ser lícito un sistema de intervención o prevención individual, un Derecho de medidas de seguridad, desvinculado totalmente del Derecho de la pena y orientado al tratamiento, reeducación y reintegración social en mayor medida de lo que lo ha estado hasta ahora<sup>16</sup>. Aunque debe reconocerse que la acumulación de la medida de seguridad a la pena se explica por el mismo sistema de doble vía (en eso es, precisamente, en lo que consiste el sistema de doble vía) y que, en puridad, el «castigo» al autor del delito termina con el cumplimiento de la pena, me

---

<sup>12</sup> Con amplitud, vid.: *Robles Planas*. «Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., pp. 15 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. *Jakobs*. «El Derecho Penal del enemigo en los límites de la argumentación jurídica». Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el día 12 de noviembre de 2007. Inédita.

<sup>14</sup> Con amplitud, vid.: *Robles Planas*. «Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., pp. 18 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. *Quintero Olivares*. «Parte General del Derecho Penal». Cit., p. 120.

<sup>16</sup> En este sentido: *Robles Planas*. «Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., p. 19.

parece muy acertada la llamada de atención de *Quintero Olivares*. En efecto, debe evitarse que el eventual recurso a una medida de seguridad tras el cumplimiento de la pena pueda suponer, por la vía de fraude de etiquetas, una desproporcionada e ilimitada intervención en los derechos fundamentales de la persona. Dicho con otras palabras: una cosa es lo que el sistema de doble vía puede explicar, y explique, la medida de seguridad acumulativa a la pena, y otra lo que el sistema de doble vía puede llegar a justificar. Y parece claro que el sistema de doble vía no puede ser ajeno a los principios que rigen el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho (interdicción del Derecho Penal de autor, principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, respeto a la dignidad de la persona, etc.).

Quiere ello decir que el *absoluto vacío legal* que existe en nuestra legislación penal respecto de la posibilidad de imponer acumulativamente a la pena una medida de seguridad (difícil de justificar en casos extremos) es subsanable bajo determinadas condiciones. La acumulación de pena y medida de seguridad podría ser posible y lícita siempre y cuando se cumplan, *con carácter general*, determinados requisitos. Concretamente, para salvar las críticas de incurrir en un defensismo intolerable y en drásticos aumentos de los castigos, la imposición de medidas de seguridad complementarias y acumulativas a la pena, tras el cumplimiento de ésta, debería exigir:

A. *La existencia de una situación de extrema necesidad*. Sólo se debería recurrir a la medida de seguridad en casos límite de posible reiteración de hechos delictivos muy graves por un autor extraordinariamente peligroso. En este sentido, no bastaría el pronóstico de cometer en el futuro hechos delictivos, sino que sería necesaria la constatación del hecho psicológico de una tendencia a cometer hechos punibles graves. La valoración de ese alto grado de probable reincidencia debería llevarse a cabo tras la valoración global del reo, y el pronóstico de comportamiento debería referirse a una probabilidad concreta (no abstracta o basada en simples datos estadísticos) que ponga de manifiesto la existencia de un riesgo actual y grave de que el autor pase nuevamente al acto<sup>17</sup>.

B. *El respeto a los principios fundamentales (límites constitucionales) del Derecho Penal*. Por razones de seguridad jurídica, la aplicación de una medida de seguridad con posterioridad al cumplimiento de la pena debería estar prevista y fijada ex ante en la sentencia condenatoria para aplicarla si fuese necesario: un hecho

<sup>17</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23 de agosto de 2006.

posterior a la condena no podría dar lugar a una revisión de la sentencia, ni aunque el hecho tuviera una relación sintomática relevante para el pronóstico con la causa de la condena. Esto es: la aplicación de la medida de seguridad debería estar diseñada con anterioridad a la excarcelación y acordarse antes de que el reo termine de cumplir la pena pues sólo de esa forma queda claro que no se sanciona una culpabilidad de carácter o por la conducción de la vida (propia del Derecho Penal de autor), sino que se actúa sobre la base de una peligrosidad criminal del autor fundamentada en la previa comisión de varios delitos graves. De este modo, tampoco se lesionaría el principio *ne bis in idem* ya que la medida de seguridad no aparecería como una nueva sanción a añadir al hecho ya totalmente sancionado<sup>18</sup>. La mínima intervención (evitando que la medida de seguridad suponga un drástico aumento del castigo) exigiría, por otra parte, que ante la posibilidad de alcanzar igualmente los fines de prevención, deba preferirse la medida de seguridad no privativa de libertad a la medida de seguridad privativa de libertad.

C. *En particular, debe respetarse la dignidad de la persona* excluyendo cualquier privación de libertad definitiva (o de por vida). Debe estar siempre abierta la posibilidad de que el sometido a la medida de seguridad (privativa de libertad) pueda influir sobre su duración, esto es, pueda eludirla en cualquier momento debido a su comportamiento (rehabilitación); por ello, para la medida de seguridad (privativa de libertad) debe fijarse un plazo máximo de duración, pasado el cual, y en todo caso, debe asumirse el riesgo de la puesta en libertad del sujeto (aunque esa puesta en libertad, si persiste la peligrosidad del sujeto, vaya rodeada de otras medidas de seguridad no privativas de libertad). Y es que un cierto grado de probabilidad de que una persona cometa un delito debe ser (y es) asumido necesariamente por un sistema respetuoso con los derechos fundamentales de la persona: así ocurre respecto de los estados de peligrosidad social<sup>19</sup> —peligrosidad del sujeto que no ha realizado conducta típica alguna— y de los de peligrosidad criminal (liberados respecto de los que simplemente es previsible, como ocurre con muchísima frecuencia, que vuelvan a delinquir).

---

<sup>18</sup> Se trata de la obligación de dictar la medida (o su reserva) en la sentencia condenatoria, requisito del que el legislador penal alemán ha prescindido totalmente. Críticamente: *Robles Planas*. «*Sexual predators*. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., p. 7.

<sup>19</sup> Como los que se preveían en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que, pese a las SSTC. de 14 de febrero de 1986 y 19 de febrero de 1987, se mantuvo *vergonzosamente* en vigor durante dieciocho años de la España democrática (desde la promulgación de la Constitución Española de 1978 hasta la entrada en vigor del CP-95).

4. De todo lo expuesto se deduce que el tema de la acumulación complementaria de penas y medidas de seguridad (en la forma en que lo permite el sistema de doble vía, y que nuestro Derecho Penal no recoge) requiere de un debate desapasionado en un momento, como el presente, en el que la opinión pública no está conmocionada por ningún caso límite concreto; un debate que evite en el futuro que, ante el planteamiento de nuevas situaciones problemáticas, sólo se ofrezcan respuestas improvisadas basadas en ocurrencias más o menos ingeniosas.

A. Existen, desde luego, respuestas que no pueden ser tomadas en consideración.

a. Destaca, ante todo, la del *tratamiento médico* del autor peligroso debido simplemente a que los autores de los que estamos hablando (por ejemplo, los delincuentes sexuales en serie) no son enfermos (si lo fueran, el problema que tratamos no existiría, puesto que la aplicación de las eximentes 1.<sup>a</sup> a 3.<sup>a</sup> del art. 20 o de la eximente incompleta 1.<sup>a</sup> del art. 21 permitirían ya la aplicación de medidas de seguridad)<sup>20</sup>. Dicho de otro modo: el violador en serie o el pederasta no son, normalmente, «enfermos psiquiátricos» que tengan afectadas sus facultades intelectivas (para distinguir lo lícito de lo ilícito) o volitivas (para actuar conforme esa comprensión) –sin que sea lícito exigir a la psiquiatría que cambie su concepto de enfermo mental para resolver los problemas del Derecho Penal–. Además, en la medicina actual, ajena al principio de la beneficencia, el tratamiento médico del imputable consciente no contagioso, por llamarlo de alguna manera, se basa en el principio del consentimiento informado, lo que excluye cualquier modalidad de tratamiento médico forzoso. Queda abierta, no obstante, la posibilidad de intentar incidir sobre el comportamiento del autor peligroso (que libremente lo acepte) de forma medicamentosa. Y se cita ahora normalmente la mal llamada «castración química» (inhibición de la libido mediante un tratamiento que reduce la producción de testosterona). Desde luego que cualquier persona puede recibir este tratamiento (que también se emplea, por ejemplo, para evitar la caída del cabello en los varones) con tal de que lo acepte libremente<sup>21</sup>. Incluso, en esos términos, el tra-

<sup>20</sup> Ello hace inaplicables a los casos que tratamos las disposiciones que para enfermos y deficientes físicos y psíquicos establecen la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> del CP-95 y, con carácter general, para la incapacitación, los arts. 199 y ss. del Código Civil.

<sup>21</sup> Con relación a la castración química no voluntaria podría considerarse –como se ha hecho en algunas ocasiones por la Corte Suprema de los Estados Unidos– que la lesión de la libertad individual puede quedar justificada porque en la correspondiente ponderación pesan más las razones de seguridad pública; sin embargo, es lo cierto que respecto al derecho de autonomía personal en su vertiente de autodeterminación

tamiento se puede dispensar, sin necesidad de reformar el CP, a los reclusos que estén cumpliendo una pena privativa de libertad o a los liberados por haber cumplido ya dicha pena<sup>22</sup>. Otra cosa distinta es la efectividad del tratamiento dado que, aunque inhibe la libido (lo que resulta positivo en supuestos de instinto sexual extremadamente anormal, como ocurre con las pedofilias), deja intacta (cuando no potencia) la predisposición a la violencia sexual, esto es, la agresividad del autor que no busca un placer centrado en los órganos sexuales sino que disfruta por su dominio sobre la víctima humillada<sup>23</sup>.

b. Tampoco parecen aceptables (ni de lege data ni de lege ferenda) otras medidas que parecen sacadas de otras épocas (por su carácter infamante, vergonzante, humillante o estigmatizante) y que podrían ser doblemente inconstitucionales por afectar a la dignidad de la persona (art. 10 CE) y al principio de resocialización (art. 25, 2 CE): me refiero a la medida consistente en ofrecer información a la sociedad de la ubicación o identidad del delincuente (*publicación* de su nombre o domicilio, *distribución* de su fotografía) para que de este modo los ciudadanos puedan adoptar las medidas oportunas<sup>24</sup>.

c. También creo que resulta inaplicable en la actualidad, no por su dudosa legalidad, sino por su manifiesta ilegalidad (por carecer totalmente de base legal), la medida de lo que ha dado en llamarse «*vigilancia discreta*» del autor. No creo que al autor que ha extinguido su responsabilidad criminal por el cumplimiento de la pena, y que ha sido liberado sin condición alguna, le incumba el deber jurídico de soportar ningún tipo de vigilancia individualizada, ni aunque sea «discreta» (?), limitando su derecho fundamental a la intimidad. Si aceptamos que en ese caso existe el deber jurídico de soportar esa intromisión en el derecho fundamental, estaríamos afirmando el deber

---

sobre el propio cuerpo la castración química no voluntaria, lo lesionaría abiertamente. Cfr. *Robles Planas*. «*Sexual predators*. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., pp. 10 y ss.

<sup>22</sup> No obstante, tampoco aquí puede hablarse de un consenso pacífico pues existen quienes niega la auténtica «libertad» del consentimiento prestado por el sujeto que se halla ante la amenaza de cumplir una pena privativa de libertad de larga duración. Este argumento, pese a lo atendible de sus intenciones, ha sido contrarrestado por quienes opinan que, en todo caso, se trata de una situación de elección entre dos opciones, que de no existir la posibilidad de la castración química, quedarían reducidas a una sola (el cumplimiento de la pena de prisión), de modo que se amplía el espacio de libertad del sujeto. Cfr. *Robles Planas*. «*Sexual predators*. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., p. 11.

<sup>23</sup> Cfr.: *Robles Planas*. «*Sexual predators*. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., p. 9.

<sup>24</sup> En el mismo sentido: *Robles Planas*. «*Sexual predators*. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., p. 12.

de todo ciudadano de tolerarle al Estado vigilancias (discretas, eso sí) que excedan de las generales que sean necesarias para salvaguardar el orden público o de las individualizadas justificadas por la ley.

B. Otras muchas respuestas al problema que nos ocupa sí pueden ser tomadas en consideración —tras la oportuna reforma del Código Penal—, lógicamente.

a. En primer lugar, destacan las que pueden suponer la aplicación de *medidas de seguridad no privativas de libertad*. El catálogo de medidas de este tipo por las que se puede optar es muy amplio.

a'. Desde luego es posible incorporar a nuestra legislación penal medidas de seguridad no contempladas en la misma, como la libertad vigilada, el seguimiento electrónico o la obligación de presentarse periódicamente ante la policía o un Juzgado o Tribunal.

b'. Otras medidas de seguridad (no privativas de libertad) están ya recogidas en el Código Penal (aunque no previstas para los casos que nos ocupan). Se trata de las establecidas en el art. 96 CP, 2.<sup>a</sup> (expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España); 3.<sup>a</sup> (obligación de residir en un lugar determinado); 4.<sup>a</sup> (prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe); 5.<sup>a</sup> (prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego); 8.<sup>a</sup> (privación del derecho a la tenencia y porte de armas); 9.<sup>a</sup> (prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal); 10.<sup>a</sup> (prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal); 11.<sup>a</sup> (sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario) y 12.<sup>a</sup> (sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares).

c'. También puede preverse que se transforme en «obligación» el *derecho* a recibir la *asistencia social postpenitenciaria* a la que se refieren los arts. 73 y ss. de la LOGP.

b. En última instancia, es posible también el recurso a *medidas de seguridad privativas de libertad* del tipo de la *custodia de seguridad* (Sicherungsverwahrung —la «última medida» de la política criminal)—<sup>25</sup> prevista en el parágrafo 66 b StGB. Esta medida se ha fundamentado en la peligrosidad del autor (quien abusa reiteradamente

<sup>25</sup> Cfr. Jescheck. «Tratado de Derecho Penal». Parte General. Granada, 1993, pp. 739 y ss.

de su libertad para cometer delitos graves, y representa un considerable peligro par el futuro, puede, en interés de la justificada demanda de seguridad por parte de la sociedad, ser sometido a la necesaria restricción de movimientos) y en el principio de proporcionalidad (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)<sup>26</sup>. En cualquier caso, se trata de una medida que persigue la protección de la sociedad frente al peligroso delincuente por tendencia respecto al cual se ha revelado ineficaz incluso la larga ejecución penitenciaria. En ella prevalece el mero aseguramiento (inocuidación) mediante el internamiento temporal (diez años) o indefinido (de por vida) del sujeto, aunque ello no excluya que durante la ejecución pueda tener lugar un tratamiento resocializador intensivo y adecuado a las características del autor. El éxito del tratamiento puede dar lugar a la suspensión condicional de la medida. La custodia de seguridad ha sido declarada constitucionalmente conforme (BVerfG, 2004 y 2006) al mismo ritmo que el legislador penal alemán relajaba los requisitos para su aplicación<sup>27</sup>.

5. Decía al comienzo de este trabajo que la legislación penal española incurre también en algunos errores de concepción del Derecho Penal de culpabilidad. Ello se manifiesta, fundamentalmente, en el tratamiento jurídico-penal del autor reincidente: no sólo pervive en nuestro Código Penal la circunstancia agravante de reincidencia (art. 22, 8.<sup>a</sup>) sino que, además, no se prevé legalmente, aunque sí jurisprudencialmente, que la agravación de la pena que comporta no puede conducir a la imposición de una pena que supere la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho<sup>28</sup>. El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el Código Penal (BOCG de 15 de enero de 2007), actualmente en vía muerta, tampoco ofrece solución a este problema. Parte el Proyecto de superponer (y hacer coexistir) dos sistemas distintos —y contrapuestos— de tratamiento del autor reincidente: el acertado de, demostrada la ineficacia preventiva de la pena, incluso agravada, recurrir para tratar la peligrosidad del autor al

---

<sup>26</sup> Vid. Con amplitud y críticamente: *Marín de Espinosa Ceballos*. «La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales». Granada, 1999, pp. 63 y ss.

<sup>27</sup> Amplía y críticamente sobre la custodia de seguridad, vid.: *Marín de Espinosa Ceballos*. «La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales». Cit., págs. 54 y ss. *Robles Planas*. «Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., pp. 6 y ss.

<sup>28</sup> Con amplitud y referencias jurisprudenciales: *Marín de Espinosa Ceballos*. «La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales». Cit., pp. 111 y ss.

instrumento específico de las medidas de seguridad; y el erróneo de seguir exasperando, al mismo tiempo, la responsabilidad criminal del autor.

En particular, y en lo que se refiere a las medidas de seguridad previstas para el autor peligroso, el art. 94, 3 del Proyecto establece que «tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada les impondrán alguna de las siguientes medidas: ... 3.<sup>a</sup> El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años. 4.<sup>a</sup> Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años (ello obliga al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización, pudiendo el juez acordar que su control se realice mediante medios electrónicos). 5.<sup>a</sup> Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89 de este Código. A los efectos previstos en este Código se consideran reos habituales los que al delinquir hayan sido ejecutoriamente condenados por tres o más delitos dolosos o el mismo número de delitos de homicidio o lesiones cometidos por imprudencia en un plazo no superior a cinco años, no debiendo ser tenidos en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. La habitualidad podrá ser apreciada aunque los delitos que la integren sean todos ellos objeto de enjuiciamiento en la misma sentencia».

Destacan en esta propuesta de regulación tres importantes (y positivas) novedades. En primer término, que se prevean medidas de seguridad para imputables (peligrosos), esto es, medidas de seguridad que no están vinculadas a situaciones de inimputabilidad o imputabilidad disminuida. En segundo lugar, que se puedan imponer medidas de seguridad complementarias y acumulativas a la pena tras el cumplimiento de ésta. En tercer lugar, que la peligrosidad del delincuente habitual no se mida en términos «burocráticos» (como en la reincidencia), sino en términos criminológicos, ya que la habitualidad puede ser apreciada aunque los delitos que la integren sean todos ellos objeto de enjuiciamiento en la misma sentencia. Pero de todos modos resulta difícil una valoración global de la previsions del Proyecto dada fundamentalmente la falta de concreción de la medida de seguridad de «sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo»<sup>29</sup> por tiempo de hasta dos años ya que nada se dice si dicha medida debe ser cumplida antes de la pena, en vez de la pena o con posterioridad a la pena (se omite hacer referencia al «cumplida la condena» que se utiliza para las otras dos medidas de seguridad), ni

<sup>29</sup> Cfr. Robles Planas. «Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad». Cit., p. 13.

si su ejecución se debe llevar a cabo en régimen abierto o cerrado (no se hace referencia aquí, como en el art. 105, 1, a) CP a que el tratamiento deba ser «externo»). Por otra parte, el catálogo de medidas de seguridad aplicables (cumplida la condena) podría haberse ampliado con las de obligación de residir en un lugar determinado, prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal y sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.