

Delincuentes peligrosos

Edición de
Jon-M. Landa Gorostiza

Coordinación de
Enara Garro Carrera

Georg Freund
Lyane Sautner
Ángel José Sanz Morán
Ester Blay Gil

EDITORIAL TROTTA

Delincuentes peligrosos

Edición de
Jon-M. Landa Gorostiza

Coordinación de
Enara Garro Carrera

Georg Freund
Lyane Sautner
Ángel José Sanz Morán
Ester Blay Gil

E D I T O R I A L T R O T T A



COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

© Editorial Trotta, S.A., 2014
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
<http://www.trotta.es>

© Jon-Mirena Landa Gorostiza, para la edición, 2014

© Enara Garro Carrera, para la coordinación, 2014

© Los autores, para sus colaboraciones, 2014

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-9879-556-1
Depósito Legal: M-29765-2014

Impresión
Cofás, S.A.

CONTENIDO

Introducción: <i>Jon-M. Landa Gorostiza</i>	9
1. Peligros y peligrosidades en el derecho penal y en el derecho de las medidas de seguridad. Contra la parcialidad en el pensamiento y en la actuación: <i>Georg Freund</i>	25
2. ¿Seguridad a través de la pena? Nuevas líneas de evolución en el derecho de sanciones austriaco: <i>Lyane Sautner</i>	49
3. La peligrosidad criminal. Problemas actuales: <i>Ángel José Sanz Morán</i>	61
4. Riesgo y penas comunitarias. El papel del riesgo en los protocolos para la supervisión de penados en la comunidad: <i>Ester Blay Gil</i>	81
<i>Los autores</i>	97
<i>Índice general</i>	99

© Editorial Trotta, S.A., 2014
Ferroz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

Landa Gorostiza, para la edición, 2014

Carrera, para la coordinación, 2014

tores, para sus colaboraciones, 2014

producción, distribución, comunicación pública de esta obra solo puede ser realizada con los autores, salvo excepción prevista por la ley. (Ley Española de Derechos Reprográficos) (licenciar algún fragmento de esta obra (92 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-9879-556-1
Depósito Legal: M-29765-2014

Impresión
Cofás, S.A.

INTRODUCCIÓN

Jon-M. Landa Gorostiza
Universidad del País Vasco UPV/EHU

Es conocido que, conforme al vigente Código penal de 1995, las medidas de seguridad son el instrumento para intervenir en casos de peligrosidad exteriorizada a través de la comisión de un delito siempre y cuando se den circunstancias de disminución o anulación de la capacidad de culpabilidad: semiimputables e inimputables. En supuestos de normal capacidad de responsabilidad, sin embargo, el Código penal no prevé sino la pena como posible respuesta a la conducta delictiva, y ello aunque pueda presentar el sujeto plenamente imputable evidencias de peligrosidad. Este eventual vacío legal, que deja huérfano de regulación mediante medidas de seguridad el tratamiento específico de la peligrosidad del imputable, ha derivado con el tiempo en una reacción del legislador. Reacción que se afana por intentar complementar la respuesta vía pena con medidas de seguridad que se acumulen a la misma. Ese ha sido el caso, manifiestamente, de la reforma por LO 5/2010, de 22 de junio (en vigor desde diciembre del mismo año) que ya impone una libertad vigilada pospenitenciaria a aquellos penados por delitos graves de terrorismo o contra la libertad sexual, a cumplir después de que la prisión haya sido ejecutada. Pena y medida de seguridad, en ese orden y acumuladas, fue la respuesta excepcional de la mencionada reforma de 2010 que, al parecer, va a ser convertida en modelo generalizado si el Proyecto de Reforma Penal de 2013 (más conocida como «reforma Gallardón»¹) acaba por entrar definitivamente en vigor.

Precisamente a reflexionar sobre los problemas que esta deriva legislativa puede implicar se dirigen las contribuciones de este libro. Con-

1. BOCG, X Legislatura, Proyectos de Ley: Serie A, n.º 66-1, 4 de octubre de 2013, Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (en adelante: Proyecto de Reforma Penal de 2013).

tribuciones que conviene prologar, de forma algo más extensa de lo habitual, con esta introducción que pretende presentar descriptivamente las claves de la reforma penal en ciernes. A partir de la versión del Proyecto de Reforma del Código penal que se registró en el Congreso en octubre de 2013 se explica qué ha cambiado dando el contexto de aquella y al mismo tiempo centrando —y presentando— los puntos más trascendentales que tienen que ver con el nuevo protagonismo de la peligrosidad. El objetivo de esta introducción es que las contribuciones posteriores puedan desplegar su intrínseco potencial de reflexión crítica, de interpretación posible, de análisis de problemas y, en su caso, de impulso de transformación legislativa, a la luz de una normativa que de convertirse en ley, va a suponer una auténtica revolución en la relación de penas y medidas y un incrementado protagonismo de las cuestiones relativas a la peligrosidad.

Para ello, a continuación, se parte del marco interpretativo que proporciona el principio de *ultima ratio* (1), para, a continuación, dar cuenta de los contenidos principales del Proyecto de Reforma Penal de 2013 (2), detenernos en lo que atañe específicamente a la cuestión de la peligrosidad (3) para finalizar con algunas consideraciones sobre cada una de las contribuciones que este libro presenta desde el punto de vista de su potencial para iluminar la discusión de los contenidos del referido proyecto (4). Concluiremos, resulta obligado, con un breve apartado de agradecimientos (5) que explican también la génesis e identidad de esta obra.

1. *Ultima ratio* y *prisión*

El principio de *ultima ratio* tiene que ver, sin duda, con la cuestión de hasta dónde se justifica la intervención penal a la vista de su coordinación con otro tipo de estrategias de control social, sean estas formales o informales. Es conocido que el derecho penal como última instancia de intervención jurídica implica la asunción de su carácter subsidiario y fragmentario. La subsidiariedad se traduce en la máxima según la cual no cabe el recurso al derecho penal cuando puede alcanzarse el mismo resultado mediante una vía de intervención menos lesiva. Bajo tal premisa, la vía penal no estaría en condiciones de estar justificada debido a los excesivos costes que la maquinaria punitiva arrastraría. Pero incluso en aquellos supuestos en los que la intervención penal pueda resultar inevitable, ello no implica de ninguna de las maneras convalidar la eventual protección de toda suerte de interés jurídico frente a cualquier tipo de ataque. El derecho penal debería seleccionar de entre los diferentes intereses jurídicos únicamente aquellos que se consideren los más tras-

, de forma algo más extensa de lo ha-
pretende presentar descriptivamente
iernes. A partir de la versión del Pro-
al que se registró en el Congreso en
cambiado dando el contexto de aque-
y presentando— los puntos más tras-
on el nuevo protagonismo de la pe-
roducción es que las contribuciones
trínseco potencial de reflexión críti-
álisis de problemas y, en su caso, de
ativa, a la luz de una normativa que
r una auténtica revolución en la rela-
elementado protagonismo de las cues-

parte del marco interpretativo que
Artículo (1), para, a continuación, dar
ales del Proyecto de Reforma Penal
atañe específicamente a la cuestión de
en algunas consideraciones sobre cada
libro presenta desde el punto de vis-
discusión de los contenidos del referi-
sulta obligado, con un breve apartado
can también la génesis e identidad de

centadales, para protegerlos solo frente a aquel tipo de ataques más in-
tolerables. La selectividad del instrumento penal operaría de esta forma
evitando una intervención excesivamente intrusiva y maximizando, al
mismo tiempo, las esferas de libertad de los ciudadanos. En definitiva,
y siguiendo a Ferrajoli², un derecho penal que asuma el principio de *ul-
tima ratio* de forma cabal debería estar en disposición de presentar un
compromiso aceptable entre la minimización de las violencias (del po-
tencial delincente, de la reacción informal de la víctima y del abuso de
poder del Estado) y la maximización de los derechos.

La subsidiariedad y el carácter fragmentario no son, sin embargo, las
únicas notas características desde las que orientar las exigencias inheren-
tes al principio de *ultima ratio*. Este principio también puede ser consi-
derado desde la perspectiva de su relación con el principio de proporcio-
nalidad³. Es así como el principio de *ultima ratio* extiende su radio de
acción al escrutinio del tipo e intensidad de la reacción frente a la con-
ducta sancionada penalmente y, en particular, al ámbito, la duración y las
condiciones de ejecución de la pena de prisión —o del internamiento—⁴.

La actual reforma penal en España va a recurrir, precisamente, a
nuevas formas de aplicar las penas y medidas de seguridad expandien-
do la aplicabilidad de las mismas tanto a un mayor número de conste-
laciones de casos como alargando su eventual duración máxima. La pe-
ligrosidad o el riesgo de comisión futura de delitos se revela, por tanto,
como un constructo a través del cual parece encontrarse una vía de jus-
tificación para una intervención penal más dura. Es por ello por lo que
esta introducción va a centrarse en este aspecto particular de tensión
entre el principio de *ultima ratio* y la potencial expansión del derecho
penal a través del expediente de la peligrosidad como excusa para ha-
bilitar y endurecer penas y medidas de seguridad y, más precisamente,
desde el punto de vista de la intensificación de la prisión por acumula-
ción de medidas de seguridad tras el cumplimiento de aquella.

2. La reforma penal en curso: el Proyecto de 2013

En tiempos no tan pretéritos, la reforma penal era poco habitual: a di-
ferencia de otros ámbitos del derecho —señaladamente el administrativo—,
se suponía que el ordenamiento penal debía sufrir cambios muy

2. L. Ferrajoli, «El Derecho penal mínimo», en *Poder y Control. Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*, PPU, Barcelona, 1986, pp. 25-48.

3. K. H. Tuori, «Ultima ratio as a Constitutional Principle»: *Oñati Socio-Legal Series* 3/1 (2013) (online en <http://ssrn.com/abstract=2200869>, último acceso 5 de mayo de 2014).

4. A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, ⁵2010, p. 287.

excepcionales debido a su carácter de Constitución negativa⁵ en la que se fijan los consensos básicos de una sociedad democrática desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos fundamentales frente a los ataques más intolerables y que, por ende, legitiman una intervención tan grave para los derechos de los ciudadanos como la que supone la pena —particularmente de prisión—.

El derecho penal no debería ser usado para crear consensos sociales por vía coactiva; una sociedad democrática usa el derecho penal para reafirmar consensos previos de la sociedad, no para crearlos autoritariamente⁶. Y se supone que dichos consensos son lo bastante estables como para no verse sometidos a un cambio frenético.

Pero ya al menos desde la aprobación del vigente Código penal de 1995 se revela como notoria la tendencia en el ámbito penal a la reforma permanente. El Código llamado de la democracia que entra en vigor en mayo de 1996, se ha visto sometido a muchos y distintos cambios: son más de veinte las reformas importantes que ha sufrido el Código penal desde que por LO 2/1998 este se enmendara por primera vez⁷. Deberían, sin embargo, distinguirse aquellas reformas sectoriales más ligadas a cambios particulares de ámbitos delictivos o instituciones jurídico-penales aisladas, de aquellas otras que introducen transformaciones de índole estructural, como ha sido el caso de la LO 15/2003 o la LO 5/2010 con más de doscientos artículos modificados en cada una de ellas.

En la actual legislatura la reforma penal, en su más amplia acepción, está en marcha. No ya solo por lo que hace al Código penal al que ahora mismo habremos de volver. Fuera del mismo, pero en estrecha relación, hay un Anteproyecto de reforma del Código penal militar⁸ y se ha modificado la Justicia Universal⁹. También, es de sobra conocido, el fallido Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del conce-

5. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, Exposición de Motivos.

6. S. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 31 ss.

7. Puede consultarse una lista actualizada de las modificaciones legislativas señaladas en J. L. Mirena y A. Urrutia, *Código penal / Zigor kodea*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.

8. En enero de 2014 el Consejo de Ministros recibió un informe del ministro de Defensa sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar y lo remitió al Consejo de Estado. Véase <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/310114-enlacecodigopenalmilitar.htm> (último acceso 5 de mayo de 2014). Puede consultarse el texto correspondiente en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20140208_02.pdf (último acceso 5 de mayo de 2014).

9. Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (BOE, n.º 63, de 14 de marzo de 2014).

bido y los derechos de la mujer embarazada¹⁰. Incluso ya ha sido incorporado al Código penal por Ley Orgánica 7/2012¹¹ la reforma sectorial en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Con todo, la gran reforma pendiente de materializarse es la del Código penal en su conjunto.

Ya en julio de 2012 estuvo a disposición de la opinión pública un borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que daba el pistoletazo de salida a un proceso legislativo que puede llegar a modificar casi un tercio largo del conjunto del articulado del Código penal y que contiene propuestas de transformación —o incorporación de nuevas regulaciones— en más de doscientos artículos del mismo. A la discusión pública en los medios de comunicación, o en los círculos políticos y sociales, pronto se sumó la discusión académica, que se avivó sin duda con la publicación de dos informes muy críticos: uno, el emitido por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial (con ponencia asignada a la vocal Margarita Robles y remitido al pleno para su aprobación en diciembre de 2012)¹²; y, el segundo informe, el del Consejo Fiscal de enero de 2013¹³.

Fruto de la discusión, el prelegislador fue modificando en parte su propio anteproyecto hasta que el 20 de septiembre de 2013 fue elevado al Consejo de Ministros y aprobado definitivamente por este con remisión al Congreso de los Diputados, donde se acordó su entrada el 1 de octubre y su publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 4 de octubre de 2013 (Proyecto n.º 66-1), con remisión a la Comisión de Justicia para su tramitación y preceptiva apertura del plazo de enmiendas.

En el momento en que se redacta esta introducción, el Proyecto de Reforma de 2013 se encuentra en discusión en la citada Comisión de Jus-

10. Informado en el Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2013 puede consultarse en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288787886864/Detalle.html> (último acceso 5 de mayo de 2014). Como es sabido el Gobierno de España ha decidido en septiembre de 2014 su retirada formal a la espera de dar a conocer ulteriores cambios en la materia.

11. Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE, n.º 312, de 28 de diciembre de 2012).

12. Puede consultarse íntegramente en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Sala_de_Prensa/Archivo_de_notas_de_prensa/Informe_del_Consejo_General_del_Poder_Judicial_al_Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Penal (último acceso 5 de mayo de 2014).

13. Puede consultarse íntegramente en <http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20CONSEJO%20FISCAL.pdf> (último acceso 5 de mayo de 2014).

ticia, con prórroga sucesiva de los plazos de enmiendas y habiéndose llevado a cabo una larga serie de más de veinte comparencias de expertos¹⁴.

La reforma tiene un ámbito de proyección muy amplio no solo desde el punto de vista cuantitativo (más de doscientos artículos afectados), sino cualitativo en la medida en que son objeto de modificación instituciones centrales del edificio jurídico-penal. En particular, los principales hitos de modificación serían los siguientes. Por lo que hace a la Parte General del Código penal, el sistema de penas se verá profundamente afectado, en primer lugar, por la introducción de la denominada prisión permanente revisable o, si se prefiere, la pena perpetua. Pena esta que se anudaría a algunos de los crímenes más graves tales como asesinatos, terrorismo, genocidio y crímenes contra la humanidad. Pero, en segundo lugar, el sistema de medidas de seguridad también sufrirá una drástica modificación habilitándose de forma generalizada la posibilidad de imponer simultáneamente junto a una pena una medida de seguridad privativa de derechos como es la libertad vigilada. Por último, tanto las reglas de acumulación de delitos, incluido el delito continuado, como la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o la sustitución de penas también son objeto prioritario del legislador. Conviene resaltar, a este respecto, que la propia libertad condicional pasa a convertirse en una modalidad de suspensión dada la vocación de convertir esta última institución en una especie de régimen general de revisión y supervisión de penas y medidas.

El señalado es sin duda el núcleo central de modificaciones de la Parte General, aunque hay otros aspectos —según el legislador más relativos a ajustes de índole técnica¹⁵—, que van a ser también objeto de reforma: responsabilidad de las personas jurídicas, antecedentes penales, prescripción, comiso, etcétera.

Además de los cambios ya mencionados y que afectan a la Parte General, también la definición de los delitos en la Parte Especial presenta novedades. Es el caso de la desaparición de las faltas y su transferencia desde el libro III, o bien al listado de delitos, o bien a su regulación extramuros del derecho penal mediante la sanción administrativa. También se producen cambios en conductas tales como los delitos contra la vida, detenciones ilegales y secuestros, delitos contra libertad sexual, delitos relativos a la intimidad, delitos patrimoniales, delitos contra la

14. Pueden consultarse en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXLSS.fmt&DOCS=1-25-&DOCORDER=FIFO&QUERY=%28121%2F000065*.EXPO.%29 (último acceso 5 de mayo de 2014).

15. Proyecto de Reforma Penal de 2013, cit., Exposición de Motivos, apartado I.

propiedad intelectual, delitos de corrupción en los negocios, delitos de incendios forestales, delitos de quebrantamiento de condena, delitos de atentado y desobediencia, delitos contra el orden público, delitos de trata de seres humanos, y delitos de odio y xenofobia¹⁶.

3. Peligrosidad y el Proyecto de Reforma de 2013

Pero más allá de una visión global de la reforma, el foco principal de esta introducción se orienta a analizar la relevancia creciente que la peligrosidad adquiere a la luz de la misma y que entronca con una tendencia generalizada en Europa e incluso a un nivel más global. Conviene, por tanto, centrarnos en rastrear los cambios que afectan a las medidas de seguridad y aquellos que dotan de —una mayor— relevancia a la peligrosidad como elemento central de reinterpretación de algunas instituciones de la Parte General. Este conjunto de cambios, si finalmente entran en vigor, constituirán a buen seguro una auténtica revolución que contradice el principio de *ultima ratio*. Revolución que, en la forma en que se materializa, no caracteriza sin más un fenómeno particular y aislado de la política criminal en España, sino que ejemplifica una tendencia emergente —o simplemente recurrente— y más global, de índole estructural, de la política criminal contemporánea¹⁷. Al menos, en el ámbito europeo, parece fuera de toda duda la existencia de una presión generalizada hacia una intervención penal más dura de la mano, en parte, de una reinterpretación de la peligrosidad criminal de los condenados como parece desprenderse del análisis de la reciente jurisprudencia de control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Baste traer a colación fallos como los producidos en los casos *Kafkaris c. Chipre* 2008; *M. c. Alemania* 2009; *James, Well y Lee c. Reino Unido* 2012; o también el caso *Del Río c. España* 2012 y 2013¹⁸.

16. Por último, más allá de modificaciones de figuras delictivas existentes, se incorpora algunas de nuevo cuño tales como el delito de matrimonio forzado, un nuevo tipo de acoso, hostigamiento o acecho, un delito de divulgación no consentida de imágenes e informaciones, etcétera.

17. D. Garland, *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, Oxford, 2001, *passim*; J. M. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Edisofer, Madrid, 3^a 2011, *passim*.

18. J.-M. Landa Gorostiza, «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso *Del Río Prada c. España*, STEDH, 3.^a, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot»: *INDRET* 4 (2012), <http://www.indret.com/pdf/924.pdf>; Íd., «El control de legalidad de la ejecución de penas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: nuevas perspectivas tras el caso *Del Río Prada* (doctrina Parot) c. España 2013», en J. L. de la Cuesta, A. Pérez Machio e I. Ugartemendia (dirs.), *Armonización penal en Europa*, European Inklings (EUI), n.º 2, IVAP, Vitoria-Gasteiz, 2013, pp. 486-513.

Esta tendencia generalizada al endurecimiento de la reacción penal ha cristalizado, en cualquier caso, de una manera particularmente intensa en la reforma penal en España. Si la modificación del Código penal en curso se aprobara definitivamente, lo que, por cierto, parece ser inevitable, podría llegar a afirmarse que nuestro derecho penal se convertiría en uno de índole draconiana al menos en lo que respecta a un espectro amplio y nada desdeñable de la imposición y aplicación de penas y medidas de seguridad. Sin duda se ampliaría notablemente la red penal. Veámoslo.

3.1. El punto de partida

El Código penal de 1995 inauguró un sistema que bien podría calificarse como fundamentalmente monista¹⁹. La regla general determina que la respuesta al delito se materializa en forma de pena o de medida de seguridad sin que ambas se acumulen. La acumulación, sin embargo, es posible aunque excepcional y reservada esencialmente a supuestos de capacidad de culpabilidad disminuida (sistema vicarial).

Este modelo, como es sabido, se encuentra sometido tanto en su regla general como en los casos excepcionales de acumulación, a determinadas garantías que sintéticamente se encuentran recogidas en el artículo 6.2 CP cuando se afirma que: «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». El principio de proporcionalidad, por tanto, junto a la imposibilidad de imponer medidas de seguridad predelictuales (art. 6.1 CP *in fine*) y el criterio rector de la peligrosidad como elemento definitorio central de aquellas (art. 6.1 CP) consolidan un sistema que está a punto de verse modificado de manera drástica por la reforma penal en ciernes.

Reforma que, aunque como vamos enseguida a comprobar, afecta al conjunto del modelo, probablemente parte de una preocupación por los delincuentes habituales peligrosos que, sin embargo, no pueden ser formalmente sometidos a medidas de seguridad en el caso de que sean plenamente imputables. En otras palabras, la peligrosidad del sujeto activo del delito solo abre la puerta a acumular penas y medidas en los casos en los que la culpabilidad es semiplena, de tal manera que para supuestos de normal capacidad de responsabilidad solo cabe la pena. Ya parte de la doctrina había manifestado sus recelos ante la opción legis-

19. Véase en esto y en lo que sigue en este mismo libro *infra* la contribución de Sanz Morán. Y, más ampliamente, A. J. Sanz Morán, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 157 ss.

endurecimiento de la reacción penal de una manera particularmente intensa y la modificación del Código penal en lo que, por cierto, parece ser inevitable: nuestro derecho penal se convertiría en lo que respecta a un espectro de imposición y aplicación de penas y medidas de seguridad notablemente la red penal.

un sistema que bien podría calificarse como "dualista". La regla general determina que la pena o medida de seguridad se imponen en forma de pena o de medida de seguridad. La acumulación, sin embargo, es una excepción esencialmente a supuestos de causalidad (sistema vicarial).

La medida de seguridad se encuentra sometida tanto en su imposición como en su duración a reglas excepcionales de acumulación, a diferencia de lo que ocurre con la pena. Las medidas de seguridad no pueden imponerse más allá del límite de lo necesario para garantizar la seguridad pública. En principio de proporcionalidad, por lo tanto, las medidas de seguridad predeterminadas por el legislador en función de la peligrosidad como elemento de la pena (art. 1 CP) consolidan un sistema de medidas de seguridad de una manera drástica por la reforma.

La medida de seguridad no puede imponerse a menos que se haya podido comprobar, afecta a una preocupación por la seguridad pública. Sin embargo, no pueden ser aplicadas en el caso de que sean necesarias para la seguridad del sujeto acusado. Las medidas de seguridad en los casos de pena de prisión son las que para su imposición se requiere la pena. Ya que la pena es la opción legis-

tribución de Sanz
de seguridad

lativa del Código penal de 1995 cuando en supuestos de plena capacidad de culpabilidad, aunque concurren también peligrosidad, esta no permitía la aplicación de medidas de seguridad siendo, en consecuencia, la pena —y solo esta— la única respuesta posible. Este eventual vacío de regulación respecto del tratamiento de la peligrosidad de los sujetos plenamente imputables es el que ya precipitó una modificación en el año 2010 y que bien puede ser considerada el antecedente del tránsito de un modelo monista a otro de doble vía.

Por LO 5/2010, que entró en vigor en diciembre del mismo año, se inició efectivamente un viraje en el modelo de regulación de penas y medidas de seguridad que afectaba únicamente a algunas categorías de delitos y que limitaba sus efectos a permitir la acumulación de penas privativas de libertad con medidas de seguridad no privativas de libertad: en particular, con la denominada libertad vigilada. Los crímenes de terrorismo y los delitos sexuales, de conformidad con los nuevos artículos 579.3 y 192.1, habilitaban por primera vez para imputables la posibilidad de una medida de seguridad pospenitenciaria que se activaría después de que la pena de prisión impuesta hubiera sido cumplida. Las notas características de esta medida pospenitenciaria eran su imposición preceptiva junto a la pena sin margen discrecional para el juez sentenciador; su aplicación efectiva después de la pena; y, finalmente, su duración de entre cinco y diez años con la posibilidad de revisión que podría llevar a su suspensión, modificación e incluso a su remisión definitiva.

No interesa a efectos de esta introducción entrar en el detalle de esta novedad legislativa, sino, más bien, subrayar que, por primera vez, se materializa la posibilidad de aplicar una medida de seguridad pospenitenciaria a personas plenamente imputables a quienes se ha condenado por un delito e impuesto también una pena. Según el prelegislador del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal que se elevó al Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 2013, este camino iniciado en 2010 debe culminarse, ahora, superándose el sistema monista y deslizando el modelo legal hacia uno dualista. Veamos en qué términos.

3.2. Medidas de seguridad y proporcionalidad

El legislador habla literalmente de una «profunda reforma de las medidas de seguridad» que remite a dos claves esenciales: primero, a abandonar la idea de que las medidas no pueden resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido; y, en segundo lugar, a culminar la evolución hacia un sistema dualista²⁰. Por lo que respecta a lo primero, el artículo 6.2 CP sufrirá una modificación en el sentido de que desaparece la

20. Proyecto de Reforma Penal de 2013, cit., Exposición de Motivos, apartado VII.

referencia a que las medidas no pueden «resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», manteniéndose ahora exclusivamente la referencia a que su tope máximo depende de la peligrosidad: «Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor»²¹.

El vigente artículo 95 CP, en consecuencia, se adaptaría a esta reformulación de principios, de tal manera que entre los presupuestos para la aplicación de la medidas se añadiría según el proyecto, además de la previa comisión de un delito y del pronóstico de comisión de delitos en el futuro, que la medida «resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto». En el párrafo 2, además, se especifica que la proporcionalidad de la medida debe buscarse respecto «a la gravedad del delito cometido y de aquellos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como la peligrosidad del sujeto»²².

Como el propio legislador declara, se produce una redistribución de equilibrios entre el principio de peligrosidad y de proporcionalidad a favor de un mayor protagonismo del primero con rebaja —o simple y llana desaparición— de límites o topes máximos que afectan a la clase de intervención posible (privativa de libertad *vs.* no privativa de libertad) y duración de la misma a la luz del tipo de delito cometido.

3.3. La frustrada inclusión de la custodia de seguridad

La segunda clave de cambio es la culminación de la evolución hacia un sistema dualista. El viraje hacia la doble vía era aún más radical en sus inicios, pues en los borradores previos a su elevación al Consejo de Ministros se contemplaba la posibilidad de introducir la denominada «custodia de seguridad» como medida de seguridad privativa de libertad a acumular a las penas de los delitos. Muy probablemente, la polémica desatada por su inclusión en la reforma y las críticas provenientes de los informes preceptivos tanto del Consejo General del Poder Judicial como de la Fiscalía, hayan influido para que en la versión definitiva que se introduce en las Cortes Generales vía proyecto de ley haya desaparecido.

Merece, sin embargo, la pena señalar brevemente las características principales que se preveían en una tal nonata institución²³. En primer lugar, era aplicable también en casos de plena responsabilidad. Se preveía como una acumulación no preceptiva sino facultativa dependiente

21. *Ibid.*, artículo único, apartado 3.º.

22. *Ibid.*, artículo único, apartado LVII.

23. Véase en lo que sigue el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Versión de 16 de julio de 2012: Exposición de Motivos, apartados I y VI; y artículo único, apartados XLI ss.

«resultar ni más gravosas ni de
 mente aplicable al hecho cometido»,
 te la referencia a que su tope máximo
 medidas de seguridad no podrán exce-
 prevenir la peligrosidad del autor»²¹.
 consecuencia, se adaptaría a esta refor-
 mada que entre los presupuestos para
 diría según el proyecto, además de la
 pronóstico de comisión de delitos en
 necesaria para compensar, al menos
 sujeto». En el párrafo 2, además, se es-
 le la medida debe buscarse respecto «a
 de aquellos que se prevea que pudiera
 grosidad del sujeto»²².

clara, se produce una redistribución de
 peligrosidad y de proporcionalidad a
 del primero con rebaja —o simple y
 tope máximo que afectan a la clase
 de libertad *vs.* no privativa de liber-
 del tipo de delito cometido.

da de seguridad

ción de la evolución hacia un
 era aún más radical en sus
 elevación al Consejo de Mi-
 producir la denominada «cus-
 dad privativa de libertad a
 lemente, la polémica des-
 provenientes de los in-
 Poder Judicial como de
 definitiva que se intro-
 aya desaparecido.

te las características
 ción»²³. En primer
 asabilidad. Se pre-
 va dependiente

que se modifica
 de 16 de julio
 XLII ss.

de la peligrosidad del penado a valorar por el juez sentenciador. Se so-
 metía tal medida a una revisión periódica para comprobar que los pre-
 supuestos que la justificaban seguían vigentes en todo momento. Debía
 activarse, de cualquier manera, después que la pena impuesta hubiera
 sido ejecutada. Dicha custodia de seguridad era aplicable únicamente
 con relación a un amplísimo listado de conductas delictivas previstas
 expresamente en el Código penal y que incluían delitos contra la vida,
 la integridad física, la libertad, delitos sexuales, tráfico de drogas, deli-
 tos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas incluidos
 los delitos patrimoniales, delitos contra la comunidad internacional, de-
 litos de riesgo catastrófico o de incendio y delitos de terrorismo.

A partir de aquí eran en realidad dos las modalidades de custodia de
 seguridad que se preveían: la una, para casos de reincidencia por delitos
 castigados con pena superior a tres años con una estancia previa en pri-
 sión superior a los dieciocho meses y un pronóstico de comportamien-
 to futuro que revelara la probabilidad de comisión de más delitos; y la
 segunda, una custodia dirigida a casos de multidelinuencia de cierta
 gravedad (prisión impuesta superior a cinco años) sin necesidad de que
 existieran antecedentes delictivos basada, por tanto, en la pluralidad de
 delitos cometidos y en un pronóstico de peligrosidad criminal futura.

Satisfechos los prerequisites señalados, la custodia de seguridad po-
 día llegar a prolongarse por un periodo de hasta diez años de privación
 de libertad. Cumplida esta, adicionalmente, debía imponerse de manera
 preceptiva una libertad vigilada de hasta otros cinco años más.

Ya hemos señalado que la extraordinaria dureza de la intervención
 acumulada a la pena de hasta quince años dio lugar a una reacción ge-
 neralizada entre los juristas y a serias dudas sobre su eventual incons-
 titucionalidad que, de hecho, ha provocado su expulsión del proyecto
 de reforma²⁴. Conviene, con todo, tener en cuenta su breve existencia
 como telón de fondo a la hora de comprender la centralidad que el ex-
 pediente de la peligrosidad tenía como multiplicador de la intervención
 penal ya fuera para supuestos de reincidencia como para casos de multi-
 delinuencia; ya fuera para la franja de criminalidad grave o muy grave
 como para aquella más intermedia. Ese espíritu, sin duda, ha pervivido
 en la propuesta de mantener, como ahora mismo vamos a presentar, la

24. Ya en un borrador del Anteproyecto de noviembre de 2012 desapareció la regu-
 lación detallada de la custodia de seguridad, aunque seguían manteniéndose referencias a la
 misma tanto en la Exposición de Motivos como en los listados de medidas de seguridad.
 En el borrador de Anteproyecto de abril de 2013 desaparecen las menciones también de la
 Exposición de Motivos aunque, probablemente por error, se mantiene una simbólica men-
 ción en el listado de medidas de seguridad (artículo único, apartado LVII). Será, por tan-
 to, la versión del Proyecto que se eleva al Consejo de Ministros, en septiembre de 2013,
 en la que definitivamente desaparece todo rastro o mención a esta institución.

doble vía si bien acumulando medidas de seguridad no privativas de libertad.

3.4. Generalización de la libertad vigilada como medida de seguridad pospenitenciaria

Desde el punto de vista de la acumulación de penas y medidas en el caso de sujetos plenamente responsables, la opción legislativa que finalmente se ha impuesto ha sido la de generalizar la posibilidad de imponer una libertad vigilada después de la pena. Esa opción, como venimos insistiendo, era una línea político-criminal particular y restringida para algunos delitos graves de terrorismo y contra la libertad sexual desde que entró en vigor la reforma por LO 5/2010. Ahora se convierte ya en una fórmula prácticamente general²⁵.

La libertad vigilada consiste, en realidad, en un conjunto muy amplio —amplísimo—²⁶ de reglas de conducta (prohibición de aproximarse a la víctima, de establecer contacto con determinadas personas, obligación de mantener la residencia en un lugar determinado, prohibición de residir en determinados lugares, obligación de comparecencia ante los servicios de gestión de penas...) entre las que el juez debe decidir cuáles incorpora como contenido concreto de la medida a imponer con base en el pronóstico de peligrosidad. Pronóstico, que por lo que respecta a la libertad vigilada a imponer después de la pena, debe además acumular como requisitos que el sujeto haya sido condenado por delitos que prevean tal posibilidad, y con una imposición de pena de prisión superior a un año. Dados los citados presupuestos, la libertad vigilada que se acumula puede llegar a prolongarse desde tres hasta cinco años con la posibilidad en determinados supuestos (señaladamente en casos de delitos sexuales) de extensiones por periodos similares en principio sin límite: esto es, de manera indeterminada siempre que siga concurriendo esencialmente el pronóstico de peligrosidad.

4. Peligrosidad y sujetos responsables: un debate abierto

Según argumenta el legislador del Proyecto de 2013, este sistema de doble vía no afecta al principio *non bis in idem* y hace profesión de fe de que se trata de una fórmula eficaz para abordar los problemas de peligro-

25. Proyecto de Reforma Penal de 2013, cit., Exposición de Motivos, apartado VII.

26. Véase en particular el Proyecto de Reforma Penal de 2013, cit., artículo único, apartado LXX (nuevo artículo 104 bis) que prevé hasta diecisiete reglas de conducta formalmente diferenciadas y completadas, además, por una cláusula general abierta (art. 104 bis.2).

sidad remanente en sujetos plenamente responsables²⁷. Pero el debate, si el proyecto se convierte en ley, está servido. Y en las páginas que siguen, el lector encontrará sugerentes líneas de pensamiento y argumentación que lo enriquecerán.

4.1. Así, en primer lugar se presenta una reflexión del catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho en la Universidad Philipps de Marburgo (Alemania), Georg Freund, titulado «Peligros y peligrosidad en el derecho penal y en el derecho de sanción. Contra la unicidad en el pensamiento y en la actuación». El autor ya publicó una versión de este trabajo en la revista alemana *Goldammer's Archiv für Strafrecht* en el año 2010²⁸ y que ahora, actualizado, se presenta en su versión castellana. Se trata de un estudio de la legitimación de la intervención penal a la hora de prevenir peligros, tanto desde la perspectiva de la norma de conducta como desde la de los fines de la pena y medidas de seguridad. Aunque su contribución es omnicompreensiva, se centra ampliamente, en su última parte, en el tratamiento de la peligrosidad respecto de personas plenamente imputables, haciendo hincapié en las contradicciones que implica para el ordenamiento jurídico tratar a un mismo sujeto a la vez como plenamente responsable y como peligroso. Destaca a su vez la inclusión en su reflexión del debate generado por el caso M. c. Alemania 2009²⁹ que puso en tela de juicio la compatibilidad con la Convención Europea de Derechos Humanos de la institución de la custodia de seguridad alemana como medida privativa de libertad acumulable a la pena por el delito. Merecen subrayarse, finalmente, los matices introducidos sobre la custodia de seguridad acumulada a la pena en Alemania y sobre las bondades para un sistema de doble vía que opte —por cierto, en la línea del Proyecto de Reforma de 2013— por medidas no privativas de libertad, esto es, combinando pena con la vigilancia de conducta (*Führungsaufsicht*), sin olvidar el papel que podría llegar a jugar un servicio de agente judicial de vigilancia como recurso humano de apoyo en fase de ejecución.

4.2. En segundo lugar, la profesora asociada de la Universidad Johannes Kepler de Linz (Austria), Lyane Sautner, se centra en su contribución («¿Seguridad a través de la pena? Nuevas líneas de evolución en el derecho de sanciones austriaco») en el análisis de algunas de las nove-

27. Proyecto de Reforma Penal de 2013, cit., Exposición de Motivos, apartado VII.

28. G. Freund, «Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Massregelrecht. Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln»: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 157/4 (2010), 193-210.

29. Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 4.^a, 17 de diciembre de 2009 (19359/04).

dades más significativas en el ámbito de los delitos violentos y contra la libertad sexual muy agitados después de los conocidos casos Kampusch y Amstetten. En su trabajo Sautner recoge sintéticamente el modelo austríaco de la doble vía para centrarse en las nuevas intervenciones sancionadoras habilitadas por el legislador, como son la posibilidad de prolongación del periodo de libertad condicional, la supervisión judicial y la prohibición de actividad. Su acerada crítica del modelo legislativo combina, de forma sugerente, una aproximación dogmática con argumentos empíricos sobre las bajas tasas de reincidencia en este tipo de delitos que refuerza las dudas sobre la necesidad de una tal regulación.

4.3. El catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid, Ángel José Sanz Morán, expone el estado de la cuestión de la regulación en España («La peligrosidad criminal. Problemas actuales»). Tras una breve introducción histórica presenta el estado actual de la discusión sobre los modelos de regulación de penas y medidas de corrección y seguridad en España para centrarse, a continuación, en los problemas específicos que se anudan a los delincuentes habituales peligrosos en las franjas de criminalidad media o grave. Pero más allá de la cuestión clave sobre el modelo —monista, doble vía...—, el profesor Sanz realiza una magnífica síntesis sobre los problemas ligados al fraude de etiquetas entre penas y medidas de seguridad, las dificultades para llevar a cabo el diagnóstico pero sobre todo el pronóstico de peligrosidad (efecto estigmatizador, profecía de autocumplimiento, refuerzo indebido de la selectividad penal...), el papel del principio de proporcionalidad y, en definitiva, avanza en esbozo los principios que deberían informar una propuesta de regulación sobre el tema que nos ocupa y que a buen seguro el lector podrá encontrar particularmente fructífero para su contraste con las líneas del Proyecto de Reforma del 2013.

4.4. Finalmente, la profesora de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, Ester Blay Gil, centra su mirada en el «Riesgo y penas comunitarias. El papel del riesgo en los protocolos para la supervisión de penados en la comunidad». Se busca, desde la óptica del conjunto de la publicación, un elemento de contraste que haga ampliar la perspectiva de la intervención más allá de la prisión o de las medidas de acumulación respecto de aquella. Siendo las penas comunitarias, como señala la propia doctora Blay, la forma de control penal prevalente en el plano comparado, resultará de especial interés el análisis de la función que el riesgo juega en el proceso de ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad (al que también se añade el de la suspensión con reglas de conducta dentro de la categoría de penas comunitarias) por su potencial para reducir el recurso a prisión y por la evidencias que apuntan a su mayor

to de los delitos violentos y contra la
és de los conocidos casos Kampusch
recoge sintéticamente el modelo aus-
en las nuevas intervenciones sancio-
or, como son la posibilidad de pro-
ondicional, la supervisión judicial y la
la crítica del modelo legislativo com-
proximación dogmática con argumen-
de reincidencia en este tipo de delitos
esidad de una tal regulación.

o penal de la Universidad de Vallado-
e el estado de la cuestión de la regu-
criminal. Problemas actuales»). Tras
esenta el estado-actual de la discusión
enas y medidas de corrección y segu-
tinuación, en los problemas especí-
habituales peligrosos en las franjas
as allá de la cuestión clave sobre
profesor Sanz realiza una magnífi-
fraude de etiquetas entre penas
para llevar a cabo el diagnósti-
osidad (efecto estigmatizador,
debido de la selectividad pe-
lidad y, en definitiva, avanza
ar una propuesta de regu-
ven seguro el lector podrá
ontraste con las líneas del

ntar Pompeu Fabra de
Riesgo y penas comu-
la supervisión de pe-
el conjunto de la pu-
er la perspectiva de
de acumulación
no señala la pro-
en el plano com-
on que el riesgo
de la comuni-
de conduc-
encial para
a su mayor

eficacia para contener la reincidencia respecto de la intervención priva-
tiva de libertad. Resulta sugerente y especialmente oportuno, sin duda,
respecto del Proyecto de Reforma del 2013 recordar el potencial de los
trabajos en beneficio de la comunidad como alternativa a la prisión o a
su refuerzo mediante la doble vía.

5. Agradecimientos

Indicábamos al principio que había dos claves principales que explicaban
la identidad de esta publicación. Una, temática, ya expuesta. La otra, más
de índole comparada. Se buscaba, efectivamente como segunda clave de
bóveda, una mirada comparada con el derecho germano de Alemania y
Austria. No parece necesario resaltar a estas alturas los vínculos histó-
ricos de reflexión conjunta y transferencia con la dogmática penal ale-
mana y, por extensión, germánica. En este caso, sin embargo, los traba-
jos son el fruto de una colaboración bien concreta: diversos seminarios
cuya inspiradora principal fue la catedrática de Derecho penal de la Uni-
versidad del País Vasco UPV/EHU y actual vicepresidenta del Tribunal
Constitucional, Adela Asua Batarrita. De dichas reuniones científicas sur-
gieron la discusión, la voluntad y el marco que hicieron posible esta pu-
blicación que hoy se presenta. Seminarios que se celebraban dentro de
la línea de los diversos proyectos de investigación, siendo el último de
los cuales —Proyecto I+D+I Der 2012-33215 financiado por el Minis-
terio de Ciencia y Competitividad— al que debe atribuirse la publicación
que aquí se presenta.

Por último, pero no menos importante, es de justicia reconocer la ex-
traordinaria labor de coordinación desarrollada por la profesora agrega-
da de la Universidad del País Vasco, la doctora Enara Garro Carrera, a
la hora de haber llevado a puerto esta empresa. Y también, desde luego, la
inestimable labor de interlocución del catedrático de Derecho penal de
la Universidad de Cádiz, Juan María Terradillos Basoco, quien amable
y eficazmente nos puso en contacto con la editorial Trotta de la que no
hemos hecho sino recibir facilidades para poder poner en manos de los
lectores este libro.

Leioa/Bilbao (Euskadi)
Mayo de 2014