

CAPÍTULO TERCERO. La relación entre la pena privativa de libertad y la medida de seguridad: ¿relación de alternatividad o de complementariedad?	63
I. Aplicación de la medida de seguridad: alternatividad y complementariedad	63
II. La exigencia de comisión previa de un hecho delictivo	69
III. Legalidad y proporcionalidad de la medida de seguridad	71
IV. Clases de medidas	75
1. Medidas no privativas de libertad	77
2. Medidas privativas de libertad	79
V. La estructuración del sistema de doble vía en el Código Penal español de 1995 .	84
VI. Principio vicarial y momento de la ejecución de la medida de seguridad	88

CAPÍTULO TERCERO

LA RELACIÓN ENTRE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD: ¿RELACIÓN DE ALTERNATIVIDAD O DE COMPLEMENTARIEDAD?

I. APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD: ALTERNATIVIDAD Y COMPLEMENTARIEDAD

El surgimiento de las medidas de seguridad a finales del siglo XIX tuvo su origen en la necesidad de que el derecho penal, hasta entonces con una función puramente represiva, extendiera su función a la prevención de comportamientos delictivos por parte de reincidentes y de inimputables peligrosos, en los que la culpabilidad está ausente. El problema que planteaban unos y otros era el mismo: su peligrosidad, y, por tanto, su recaída en el delito.

Esta situación tiene que conducir a entender que la relación entre una y otra consecuencia jurídica no es necesariamente alternativa sino que puede ope-

rar complementariamente,³⁷ luego, es perfectamente posible que se pueda completar la pena con una medida de seguridad para los reincidentes, sin que ello suponga una vulneración del principio *ne bis in idem*, pues cuando la medida de seguridad opera complementariamente rige el sistema vicarial, según el cual la pena y la medida no se acumulan matemáticamente, sino que el tiempo de privación de libertad de la medida se contabiliza para el de la pena. Y si la medida de seguridad no es privativa de libertad, tampoco tiene por qué producirse aquella vulneración si se respeta el principio de proporcionalidad en su aplicación. En realidad, la concurrencia de penas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad, plantea una situación muy parecida a la que tiene lugar cuando concurren aquellas penas y penas de carácter accesorio consistentes en privación de derechos, cuya legitimidad no se cuestiona.

En este sentido, el StGB alemán prevé en su parágrafo 68.1 la “supervisión de conducta” (vigilancia). Concretamente, este parágrafo dispone que cuando alguien haya cometido un delito, castigado con una pena privativa de libertad de al menos seis meses, el Tribunal podrá imponer junto con la pena

37 Cfr., en este sentido, Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, 5a. ed., 1998, p. 22; Jakobs, *Strafrecht*, 2a. ed., AT, 1991, p. 30; Roxin, *Strafrecht*, 3a. ed., AT, 1997, 1, 3.

la supervisión de conducta, cuando exista el peligro de que el sujeto cometa otros delitos. Esta medida (“supervisión de conducta”) tiene un especial significado en los delitos contra la libertad sexual (§181 b StGB),³⁸ siendo esencial la creación de un ente de supervisión y de un asistente de libertad a prueba; uno y otro deben atender y ayudar al condenado (§68 a) StGB).

No hace mucho se produjo en España un caso que originó un amplio debate en la opinión pública acerca del cumplimiento y duración de las penas. Me refiero al conocido “caso del violador del Ensanche de Barcelona”, en el que el autor había extinguido su pena, quedando en libertad sin haber mostrado ninguna señal de arrepentimiento y sin haber recibido tratamiento alguno. A la vista de casos de esta naturaleza, no sorprende que en algunos países se haya introducido en los delitos contra la libertad o autodeterminación sexual una medida de control o supervisión de la conducta, o incluso la castración farmacológica, evidentemente siempre con el consentimiento del afectado.

Últimamente, en España hay tribunales que vienen imponiendo en sus sentencias, especialmente

38 *Cfr.*, también artículos 42 y ss. del Código Penal suizo; 199 y ss. del Código Penal italiano; 18 y ss. del StGB austríaco, y artículos 70 y ss. del Código Penal portugués.

en supuestos de agresiones o abusos sexuales,³⁹ que a veces se producen en el ámbito familiar, la medida de seguridad consistente en la prohibición de acudir a los lugares de residencia y a los puntos o sitios que frecuente la ofendida, que tiene su reconocimiento en los artículos 96.3.1a. y 105.1 d) del Código Penal, y que se puede imponer, según este último artículo hasta un máximo de cinco años. Medida de seguridad aplicable, como es lógico, tan pronto el acusado quede en libertad, y cuyo incumplimiento puede dar lugar a un delito de quebrantamiento de condena. También está prevista esta misma medida, pero como pena accesoria, en el artículo 57 del Código Penal.

A mi juicio, los supuestos como el antes mencionado permiten más fácilmente la aplicación de la pena accesoria *ex artículo 57* del Código Penal vigente,⁴⁰ que autoriza al juez o tribunal a que acuer-

39 Artículos 178 y ss. y 181 y ss., respectivamente, del Código Penal español. La agresión sexual se caracteriza en este Código por el empleo de violencia o intimidación, mientras que lo que caracteriza el abuso sexual es la ausencia de esos medios criminales, pero al mismo tiempo la falta de consentimiento de la víctima, lo que tiene lugar en el caso de menores de 13 años, y personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

40 Artículo 57: “Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos

de la prohibición de aproximación a la víctima, hasta un tiempo máximo de cinco años “atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente”, pues las medidas de seguridad del artículo 105 del Código Penal español están referidas a supuestos de personas que han sido declaradas exentas de responsabilidad penal por falta de capacidad de culpabilidad o por tenerla disminuida. En cualquier caso, se trate de pena accesoria, o se trate de medida de seguridad complementaria, aplicable en el momento en que el acusado quede en libertad, aunque tengan distinta morfología, tienen idéntico significado, que es verdaderamente lo importante.

También se pone de manifiesto la necesidad de adoptar alguna medida de seguridad complementa-

o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del periodo de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones: a) la de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, b) la de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, c) la de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente artículo, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620 de este Código”.

ria en los supuestos, que cada vez preocupan más en España, de violencia doméstica,⁴¹ ámbito en el que se está adoptando la medida (pena accesoria) prevista en el artículo 57 del Código penal, consistente en la prohibición de que el condenado vuelva al lugar de residencia de la víctima (alejamiento del agresor). El propio Tribunal Supremo español (Sala Segunda) ha tenido ya ocasión de referirse a esta medida, señalando incluso que hay que dar a aquella prohibición el alcance efectivo pretendido por el legislador, por lo que “no hay ningún inconveniente legal para situar el inicio de esta prohibición de residencia en el momento en que termina la privación de libertad inherente a la pena de prisión” ,

41 El artículo 153 del Código Penal español, redactado conforme a la LO 14/1999, del 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, establece lo siguiente: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores” .

pues es evidente que otra solución, esto es, la coincidencia en el tiempo de pena y alejamiento, haría inútil la previsión legislativa respecto a la medida (Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de octubre de 2000). Añadiendo esta misma sentencia que tampoco cabe determinar, como *dies a quo*, el primero en que concluya el periodo de prisión e inicie el penado su vuelta a la libertad, pues “el tiempo del comienzo de la mencionada prohibición de residencia ha de empezar cuando comience a disfrutar de permisos carcelarios, o del periodo de libertad condicional, o se produzca la salida de la prisión por cualquier otra causa con la debida autorización”.

II. LA EXIGENCIA DE COMISIÓN PREVIA DE UN HECHO DELICTIVO

Con razón ha dicho Bacigalupo que “un sistema de doble vía no se caracteriza porque el ordenamiento prevé penas para capaces de culpabilidad y medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad, sino porque el sistema de reacciones penales prevé penas para los culpables y medidas para los peligrosos (capaces o no de culpabilidad)”,⁴² evidentemente siempre que se haya cometido previamente un hecho previsto como delito, pues como es

42 *Principios..., cit.*, nota 37, p. 23.

claro las medidas de seguridad deben ser siempre posdelictuales, no predelictuales; de lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad.⁴³ Estas últimas medidas pertenecen al ámbito puramente policial, luego al derecho administrativo, no al derecho penal (!), aunque ello, como ha dicho Rodríguez Mourullo, “no supone abandonar las funciones preventivas. Por un lado estará la prevención inmediata a través de las actividades de policía que competen al poder ejecutivo, regladas, de alcance limitado y sometidas, en su caso, a un control judicial. Por

43 La Sentencia del Tribunal Constitucional español 23/1986, del 14 de febrero, declaró contraria al principio de legalidad la imposición de una medida de seguridad con anticipación a la comisión del delito, afirmando que “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”. Con independencia de la dudosa argumentación de esta sentencia, pues es claro que la medida de seguridad no tiene como presupuesto la culpabilidad, sino la peligrosidad, lo que no ofrece duda es que no es posible imponer una sanción penal, y evidentemente la medida de seguridad lo es, a quien no ha realizado todavía el hecho punible, ¡aunque sea un sujeto peligroso! Sobre esta importante sentencia del Tribunal Constitucional y la situación de las medidas de seguridad con ocasión de la misma, *cfr.* Barreiro, Jorge, “Las medidas de seguridad en la reforma penal española”, *Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, 1993, pp. 725 y ss., Luzón Pena, “Alcance y función del derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 26 y ss., Muñoz Conde, “Las medidas de seguridad: eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *La Ley*, 1991-3; Morales Prats, F., “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad ¿réquiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?”, *La Ley*, 2697, 1991.

otra parte, cabe destacar la más decisiva prevención mediata a través de una acentuada política social en general”.⁴⁴

III. LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

Son estas medidas posdelictuales, pues, las únicas que entran en consideración. Con ellas no se trata de exasperar en forma encubierta las penas impuestas a los que cometen determinados delitos, como a veces se ha dicho críticamente,⁴⁵ sino de ofrecer una vía que permita eliminar el peligro de que el sujeto vuelva a cometer otros delitos; vía que no siempre es posible con la pena.

Es cierto que tanto la pena como la medida de seguridad presentan coincidencias, debiendo estar ambas orientadas hacia la reeducación y reinserción social⁴⁶ del sometido a ellas, y, en este sentido, el

44 “Medidas de seguridad y Estado de derecho”, *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, 1974, p. 366.

45 Cfr., por todos, Zugaldía Espinar, J. M., *Fundamentos de derecho penal*, Universidad de Granada, 1991, p. 99.

46 En este sentido, véase el artículo 25.2 CE; en los mismos términos que el anterior, el artículo 1o. de la Ley Orgánica General Penitenciaria (1979) establece que “las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad,...”. Cancino Moreno, A., *Obras Completas*, Santa

acercamiento entre una y otra consecuencia jurídica es innegable. Pero el fundamento de la pena, y, por tanto, su duración, y el fundamento de la medida de seguridad, y, por tanto, su duración, son bienes diferentes. Por ello, la consideración de una relación complementaria entre una y otra, puede permitir la obtención de una adecuada respuesta en el orden jurídico penal al conflicto planteado por el delito, más razonable y eficaz.

La medida impuesta con carácter complementario junto con la pena, que debe tener una especial aplicación en el caso de los reincidentes, cumple una función vinculada con el mantenimiento de la validez de la norma, pues se aplica a personas que han obrado culpablemente, y pretende también, al mismo tiempo, eliminar el peligro que representa la tendencia del sujeto a reincidir.

Evidentemente, la aplicación de la medida de seguridad ha de cumplir las necesarias garantías que exige todo Estado de derecho, y debe estar también sometida a los mismos límites de la pena, aunque con parámetros diferentes. Es decir, igual que la

Fe de Bogotá, ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, t. V, p. 143, propone un artículo del siguiente tenor: "...4. La ejecución de las penas privativas y las medidas de seguridad tienen como objetivo primordial la reeducación, rehabilitación y reinserción social. 5. Las penas y medidas de seguridad guardarán proporción con la gravedad de la lesión o del peligro al que se expuso el bien jurídico protegido".

pena, debe estar prevista y determinada legalmente (principio de legalidad);⁴⁷ y también, igual que la

47 Así, el artículo 1o. del Código Penal español hace depender la aplicación de las medidas de seguridad de la concurrencia de los presupuestos establecidos previamente por la Ley, básicamente que se haya realizado un hecho previsto por la ley como delito. Por su parte, el artículo 3o. representa la vertiente procesal del principio de legalidad, al establecer que “1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes”. En el mismo sentido, incluso con una redacción más acertada, la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, en su I Encuentro (Santa Fe de Bogotá) (1995), aprobó el artículo 1o., con el siguiente texto: “*Principio de legalidad*. Un hecho sólo puede ser objeto de pena o de otra consecuencia jurídica prevista en este Código, si éstas han sido previamente establecidas por una ley formal, proveniente de órgano legislativo democráticamente legitimado”. También aprobó, con relación a esta materia, el artículo 6o.: “*Ley aplicable a las medidas de seguridad*. Las medidas de seguridad serán aplicables según la ley vigente en el momento de dictarse sentencia, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer legalmente”. El último inciso de este último artículo se añadió como consecuencia de la discusión en la Comisión sobre si la medida de seguridad aplicable tenía que ser la vigente en el momento de dictarse la sentencia o la vigente en el momento de realización del hecho. Bacigalupo defendió el primer criterio, explicando que “la ciencia puede haber progresado y una medida ser más conveniente para la salud del sujeto”, teniendo en cuenta, además, “que si la medida tiene que ver especialmente con la necesidad de prevención y no con la culpabilidad”, lo más razonable es que se imponga la medida existente en el momento de la sentencia (siempre que aquélla tenga un carácter curativo, de mejoramiento del sujeto). “V. memoria del Encuentro”, en Cancino, A., *Obras Completas*, Santa Fe

pena, debe quedar sometida al principio de proporcionalidad, aunque aquí el parámetro de referencia no debe ser el de la gravedad de la culpabilidad por el hecho, sino el del grado de peligro del sujeto, debiendo valorarse la gravedad del delito a los efectos del diagnóstico que deba realizarse en el momento de la fijación del tratamiento.

Lo anterior no significa que la medida de seguridad pueda tener una duración indeterminada, aunque cuando se trate de una medida consistente en el internamiento en un centro psiquiátrico, difícilmente se podrá establecer *a priori* un plazo de duración; el peligro, tanto para el mismo sujeto como para los demás, así como los presupuestos que la determinaron, serán factores esenciales en el momento de valorar si debe cesar su ejecución o si, por el contrario, debe continuar, siendo aquí esencial un riguroso control judicial que aleje toda posibilidad de que una vez que desaparezca la peligrosidad del sujeto éste pueda continuar internado, que es en el fondo lo que se quiere evitar con la crítica a la indeterminación de la medida cuando se aplica a enfermos

de Bogotá, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, t. V, pp. 489 y ss, y en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, número monográfico, 1/1999, pp. 7 y ss.

mentales con exención completa o incompleta de responsabilidad penal.

Una adecuada regulación del principio de proporcionalidad se encuentra en el parágrafo 62 del Código Penal alemán, en el que, bajo esa misma rúbrica, se afirma que “no se ordenará una medida de corrección y seguridad cuando ésta se halle fuera de relación con el significado de los hechos punibles cometidos y esperables del autor, así como del grado de peligro emanado de él”, no previendo siempre un plazo máximo, aunque sí la necesidad periódicamente de control y la posibilidad de suspensión de la internación por libertad a prueba (parágrafo 67 e).

IV. CLASES DE MEDIDAS

Ahora bien, ¿qué clases de medidas se deben prever en el Código Penal Tipo y cuál debe ser su duración?

A mi juicio, aceptada la idea de que tanto la pena privativa de libertad como la medida de seguridad pretenden evitar el hecho delictivo a través de la prevención general y la prevención especial, así como que ambas consecuencias jurídicas deben estar orientadas a la reeducación y reinserción so-

cial,⁴⁸ una proporcionada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho y la otra proporcionada a la peligrosidad del sometido a ella, pierde todo sentido la distinción que se contenía en el Código Penal. Tipo anterior entre medidas de internamiento, vigilancia y curación.⁴⁹

Creo que la distinción debe simplificarse, bastando la distinción entre medidas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad. Entre las primeras debe incluirse el internamiento en centros psiquiátricos adecuados al tratamiento que requiera la recuperación del sujeto, medida que, por su propia naturaleza, no puede quedar sometida de antemano a un límite rígido, aunque sí a un adecuado control judicial que permita, en su caso, dejarla sin efecto o sustituirla por otra no privativa de libertad, y el internamiento en centros de desintoxicación y educativos, a cargo de personal especializado (como

48 Por esta misma razón, debe imponerse también el criterio de *uniformización de las penas privativas de libertad*. La distinción en este ámbito entre penas de reclusión, de prisión y arresto, sólo tendría sentido en un marco teórico en el que el fin de la pena fuera puramente retributivo, o en el que los fines de las penas variaran según la duración de éstas, siendo el régimen de cumplimiento diferente. Ya la anterior Comisión decidió contemplar, como única pena de privación de libertad, la prisión.

49 Las primeras previstas especialmente para los habituales y reincidentes, las segundas relativas a prohibiciones impuestas al condenado, y las últimas previstas para los que habían obrado en estado de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida.

médicos, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, etcétera), que, por el contrario, sí deben tener un límite claro. Entre las segundas, deben incluirse, entre otras, aquellas que están dirigidas muy especialmente a la prevención de nuevos hechos delictivos, y, por tanto, también a la protección de potenciales víctimas, como la libertad vigilada, la prohibición de acudir a un determinado lugar, etcétera.

Hay que diferenciar, pues, según se trate de medidas privativas de libertad o de medidas no privativas de libertad.⁵⁰

1. Medidas no privativas de libertad

En cuanto a las *medidas no privativas de libertad*, su duración dependerá de criterios de experiencia vinculados con la naturaleza de cada una de ellas y las necesidades de prevención, que el juez tendrá que concretar en cada caso, dentro del marco legal correspondiente. Algunas de esas medidas constituyen también reglas de conducta en el ámbito de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 83) y en el de la libertad condicional (artículo 90), pues, en definitiva, unas y

50 En el Código Penal español, artículos 101-104 y 105-108, respectivamente.

otras se imponen con la pretensión de lograr un adecuado control para evitar la reincidencia.

En el Código Penal español se prevé una duración por un tiempo no superior a los cinco años, que parece razonable, para las siguientes medidas:

- a) sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario;
- b) obligación de residir en un lugar determinado;
- c) prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe;
- d) prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas;
- e) sometimiento a custodia familiar;
- f) sometimiento a programas de tipo formativo, cultural educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

También se prevé, por un tiempo de hasta diez años:

- a) la privación de la licencia o del permiso de armas;
- b) la privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores (artículo 105).

Otra medida que se prevé en el Código Penal español es la de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años (artículo 107).

2. *Medidas privativas de libertad*

En cuanto a las *medidas privativas de la libertad*, en cambio, la duración no debería asociarse, como lo hace el Código Penal español, con la duración de la pena que previsiblemente le hubiera correspondido al sujeto si hubiera sido responsable, porque, como se dijo, mientras que la pena se basa en la gravedad de la culpabilidad por el hecho, la medida de seguridad se basa en la peligrosidad; el fundamento de una y otra es bien diferente, por más que ambas deban estar orientadas a la reinserción social del sujeto. Por tanto, la duración de una y otra no tiene por qué ser la misma. La duración de la medida de seguridad no debe basarse tanto en la gravedad del delito como en las necesidades del tratamiento que se determine.

El propio Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 24/1993, del 21 de enero,⁵¹ ha reconocido

51 Sentencia que estudió, rechazándola, la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 8.1 del anterior Código Penal, que contemplaba la enajenación mental y el trastorno mental transitorio como circunstancia eximiente de la responsabilidad penal, y la previsión en tal caso de internamiento en alguno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, “del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal”, aunque “cuando el tribunal sentenciador lo estime procedente, a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento, por alguna o algunas de las siguientes medidas: a)

que el criterio decisivo para la adopción de las medidas de seguridad a enfermos mentales es el de la personalidad del sujeto, “su peligrosidad, y no la mayor o menor gravedad del acto delictivo cometido”, añadiendo, con razón, que las medidas “no suponen una reacción frente a la culpabilidad sino frente a la peligrosidad de quien ha cometido la acción considerada delictiva”, suponiendo su adopción, no la sanción del hecho realizado, “sino principalmente la prevención de la peligrosidad inherente a la enajenación mental apreciada” en el sujeto, sin olvidar su eventual curación. Por ello, concluye la Sentencia del Tribunal Constitucional español,

la relativa indeterminación del tipo de medida que debe adoptarse en cada caso o la relativa indeterminación de su duración responden al hecho de que ambos se establecen en función de un dato aleatorio como es la evolución de la enfermedad y peligrosidad social del enajenado, y no de un dato cierto y previamente conocido como pueda ser la duración de la pena que le hubiera correspondido de haber configurado las

sumisión a tratamiento ambulatorio, b) privación del permiso de conducción..., c) privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas..., d) presentación, mensual o quincenal, ante el juzgado o tribunal sentenciador, del enajenado, o de la persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia”.

medidas de seguridad como respuesta a la culpabilidad del sujeto responsable de la acción delictiva.

La Sentencia del Tribunal Constitucional termina rechazando la pretendida vulneración del principio de legalidad penal, “primero, porque la adaptación de las medidas a la evolución de la peligrosidad no se deja a la total discrecionalidad del órgano judicial sino que viene impuesta por la Ley y, segundo, porque, por la misma naturaleza de los fines perseguidos por la adaptación, resulta prácticamente imposible establecer con carácter general y abstracto una correlación automática entre tipos de medidas y grados de remisión”, y “lo mismo cabe afirmar respecto de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad y, en especial, de la de internamiento”.

A mi juicio, en este ámbito de las medidas de seguridad privativas de libertad es preciso distinguir entre las medidas que se vayan a imponer a aquellas personas que hayan cometido el hecho antijurídico en un estado de falta de capacidad de culpabilidad (inimputables, con exención completa de responsabilidad penal), como es el caso de los enfermos mentales, en cuyo caso la medida sí tiene un carácter alternativo, y las que se vayan a imponer a aquellas otras personas que hayan cometido el hecho con capacidad de culpabilidad disminuida, en su-

puestos de eximentes incompletas relativas a aquella situación de falta de capacidad de culpabilidad, en cuyo caso la pena y la medida se aplican conjuntamente.

Pues bien, en ambos casos, tratándose, por ejemplo, de un esquizofrénico, un paranoico o un psicópata peligrosos, con ausencia total de responsabilidad (eximiente completa), o de un enfermo mental de culpabilidad disminuida (eximiente incompleta), es sencillamente imposible determinar *a priori* la duración que deba tener la medida, y, desde luego, el criterio del Código español de la duración de la pena correspondiente al delito cometido por aquél no es un criterio razonable, porque es muy probable que las necesidades de prevención en este caso vayan mucho más allá del máximo de la pena del delito cometido. A mi juicio, aquí la única solución es el internamiento en un centro psiquiátrico, en el que deberá estar el sujeto mientras exista un pronóstico desfavorable de conducta, según el dictamen de un equipo de expertos, que periódicamente deberían pronunciarse al respecto, decidiendo la puesta en libertad o el sometimiento a un tratamiento ambulatorio tan pronto sea ello posible desde un punto de vista clínico.

Por el contrario, si se trata, por ejemplo, de un sujeto (alcohólico, drogodependiente) declarado no culpable por haber realizado el hecho en un estado

de intoxicación etílica plena o de drogadicción, el internamiento en un centro de desintoxicación o de deshabituación para llevar a cabo la medida y obtener la curación del sometido a ella, es muy probable que requiera un tiempo muy inferior al de la pena del delito cometido. En este supuesto de internamiento en centros de desintoxicación, sí sería necesario establecer un plazo máximo de duración. Este plazo, teniendo en cuenta las características del tratamiento médico-psicológico que requieren por lo general los trastornos de conducta que tienen su origen en la droga o en el alcohol, podría fijarse en torno a los dos años, siempre dejando abierta la posibilidad de suspensión de la medida tan pronto exista un pronóstico favorable.⁵²

Ahora bien, en el caso de la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad en supuestos de eximentes incompletas referidas a estados de falta de capacidad de culpabilidad (imputabilidad disminuida), aquellas medidas no pueden ser sino complementarias a la pena que se le imponga al condenado, siempre proporcionada a su culpabilidad. Aquí, el tiempo de privación de libertad en vir-

52 En este caso y otros similares, en los que el sujeto ha estado sometido a un tratamiento o cuando cometió un hecho grave, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción y los medios empleados, me parece imprescindible que la libertad sea vigilada durante un periodo razonable de tiempo, a fin de confirmar el pronóstico favorable de conducta.

tud de la aplicación de la medida, que deberá cumplirse, preferentemente, antes que la pena, debe computarse para la pena (sistema vicarial), pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*. Además, el sujeto sometido a la medida debería poder quedar en libertad condicional si ya ha extinguido la mitad de la condena y existe un pronóstico favorable de conducta; en tal caso, pues, no tendría que cumplir pena alguna.

V. LA ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE DOBLE VÍA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

Lamentablemente, en España el Código Penal de 1995 ha estructurado el sistema de doble vía de manera diferente a la de otros códigos europeos, partiendo de la idea de la alternatividad de la pena y la medida de seguridad. Así, el Código Penal de 1995 sigue la vieja idea (presente desde 1848) de pena para el culpable y medida de seguridad para el que no lo es, con la única excepción de los autores con capacidad disminuida, único caso en el que es posible en el Código Penal español una relación complementaria de pena y medida de seguridad.⁵³ En

53 Así, el artículo 104 establece que “en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1o., 2o. y 3o. del artículo 20, el juez o tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las

cambio, en el supuesto del reincidente, no sólo no se prevé una medida de seguridad, sino que lo que se prevé es una agravación de la pena (artículo 22.8a.). La inconsecuencia es evidente, pues “en ambos casos se trata de personas peligrosas, pero responsables; no obstante se adopta para el mismo problema una solución diferente”.⁵⁴

Con acierto, la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, en su reunión de Panamá (1998), decidió por unanimidad no incluir en el Código Penal Tipo la agravante de reincidencia. Y es que, en verdad, si la culpabilidad por el hecho es la base de la individualización de la pena, es claro que la tendencia del sujeto al delito, su personalidad peligrosa, no debería tomarse en consideración en el momento de su determinación, pues si así lo hicieramos creo que estaríamos incurriendo en una clara contradicción.⁵⁵ Sí puede y debe valorarse, en

medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99” (este último artículo consagra el principio vicarial).

54 Bacigalupo, “Dogmática y política criminal del Código Penal de 1995”, *cit.*, nota 18, p. 9.

55 Por esta razón, la doctrina no entendió muy bien en España que la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, luego de afirmar que “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de au-

cambio, en el momento de decidir la aplicación de una medida de seguridad, complementaria a la pena que le corresponda, pero, ¡sin agravación alguna!

Según el artículo 6.2 del Código Penal español, “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 necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. Esta disposición parece partir de la idea falsa de que la pena y la medida están en una relación de mayor a menor gravedad, pero, en realidad, ¡las medidas de seguridad no son penas atenuadas!, sino que son consecuencias jurídicas de otra naturaleza. Por ello, no es correcto establecer como límite el de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido; lo correcto sería tomar como base de la individualización de la medida la peligrosidad del sujeto, así como la culpabilidad por el hecho lo es en la individualización de la pena.

De esta errónea concepción de la relación entre pena y medida de seguridad surgen consecuencias disfuncionales para el sistema político-criminal.

tor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”, concluyera afirmando la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia, aunque también es cierto que con el límite de que su aplicación no sobrepase el de la gravedad de la culpabilidad por el hecho enjuiciado.

Así, según el Código Penal, la duración de las medidas privativas de libertad “no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto” (artículos 101-104). Pero, ¿cómo es posible saber la pena que hubiera correspondido al autor si éste hubiera sido declarado culpable? Para ello hay que averiguar una pena que no se le ha aplicado al autor(!), y hay que averiguar qué motivos hubiera tenido el autor si hubiera tenido una capacidad normal de motivación, porque los motivos del autor para cometer el delito es uno de los criterios precisamente para la determinación de la pena. La abstracción, en verdad, parece demasiado exagerada y complicada.

Otra dificultad que plantea aquella falsa relación entre una y otra consecuencia jurídica se manifiesta en el hecho, insisto, de que la duración de las medidas, con aquel límite, que en realidad no se sabe cuál es, puede ser en muchos casos insuficiente. Por ejemplo, no es razonable que si el sujeto es un enfermo peligroso para la sociedad, quede en libertad tan pronto cumpla aquel límite. Hay, pues, una clara contradicción entre lo que dice el artículo 6.1, que basa la medida de seguridad en la peligrosidad, y lo que dice el artículo 6.2 y los artículos 101 y ss., que vinculan la duración de la medida, no con la permanencia del pronóstico desfavorable de la con-

ducta futura, que sería lo coherente con la naturaleza de la medida y de lo dispuesto en el artículo 6.1, sino con la duración de la pena que le hubiera correspondido de ser culpable.

VI. PRINCIPIO VICARIAL Y MOMENTO DE LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

Sí es satisfactorio que el Código Penal español de 1995 haya tenido en cuenta en la relación entre pena y medida el llamado *principio vicarial* (artículo 99),⁵⁶ que permite que el tiempo de cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad se pueda computar para el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

También es correcto que el Código Penal de 1995, como el anterior, parta de la idea de la prioridad de la ejecución de la medida de seguridad, cuando ésta concurre con una pena (artículo 104). Y también debería preverse en la regulación de esta

56 Entre los principios generales acordados en el Encuentro de México (2001), se hacía referencia al principio vicarial, al afirmarse que “si se admiten las medidas de seguridad, es de establecer claramente las relaciones de las penas y las medidas de seguridad que impliquen privación de libertad; por ejemplo, mediante la previsión del sistema vicarial”; naturalmente, se añade, “eso no sería necesario en caso de admitirse medidas de seguridad sólo para incapaces de culpabilidad y, evidentemente, si se decidiese excluirlas de la legislación penal para tratarlas sólo como medidas administrativas”.

materia, la posibilidad de que cumplida la medida de seguridad, de existir un pronóstico favorable de conducta a favor del condenado, pueda beneficiarse de la libertad condicional, incluso sin llegar a cumplir la pena privativa de libertad.⁵⁷

Ahora bien, la anterior regla no debería aplicarse siempre indiferiadamente para todas las medidas de seguridad, pues *hay casos en los que la medida*, si no se quiere frustrar su función preventiva (especial), *debería ser ejecutada después de la ejecución de la pena*, es decir, justo en el momento en que el condenado puede repetir los hechos.⁵⁸ Así, el §67 StGB permite que la pena se pueda cumplir antes que la medida, “cuando con ello se alcance más fácilmente el fin de la medida” (núm. 2). Es el caso, naturalmente, de las medidas de seguridad no privativas de libertad, que tanta importancia tienen en delitos de fuerte impacto social, como los delitos contra la libertad sexual y los llamados delitos de violencia doméstica. En España, aunque como pena accesoria, pero que, en realidad, tiene la misma na-

57 El artículo 99 del Código Penal español prevé la suspensión del cumplimiento de la pena por un tiempo no superior a la duración de la misma, o la aplicación de alguna de las medidas de seguridad no privativas de libertad previstas en el artículo 105, para la hipótesis de que cumplida la medida de seguridad privativa de libertad, el juez o tribunal entienda que con la ejecución de la pena se puedan poner en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla.

58 Bacigalupo, “Dogmática y política criminal...”, *cit.*, nota 18.

turaleza que una medida de seguridad complementaria a la pena principal, es cada vez más frecuente, como hemos visto, la adopción de las medidas previstas en el artículo 57 del Código Penal, en especial la consistente en la prohibición de que el condenado vuelva al lugar de residencia de la víctima (alejamiento del agresor), en los supuestos de delitos contra la libertad sexual y de violencia doméstica.