



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

Tratamiento penal del individuo imputable peligroso

Criminal Law Responses to the Dangerousness of Culpable Individuals

Leopoldo Puente Rodríguez

Director: Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos

MADRID, 2020

*“Si se condenara en todas partes a los proxenetas y a los ladrones,
la gente honrada, caballero, se creería todo el tiempo que es inocente”*

ALBERT CAMUS; LA CAÍDA, 1956

Índice

INTRODUCCIÓN GENERAL/RESUMEN	1
GENERAL INTRODUCTION/SUMMARY	17
CAPÍTULO I: Peligrosidad y Derecho penal. Estado de la cuestión	33
I. Introducción.....	33
II. A qué efectos es relevante la peligrosidad criminal	35
1. La regulación española de la materia.....	37
2. ¿Castigo de la peligrosidad?	76
III. Sobre el concepto de peligrosidad criminal	88
1. Peligrosidad criminal vs. peligrosidad social.....	88
2. Concepto “único” de peligrosidad criminal	90
3. Peligrosidad vs. riesgo.....	92
IV. Métodos de predicción de la peligrosidad criminal	93
1. Introducción	93
2. Método clínico vs. método actuarial	98
3. Peligrosidad y enfermedad mental	109
4. Breve excursión sobre neurociencia y predicción.....	112
V. Conclusiones parciales	116
CAPÍTULO II: Peligrosidad y Derecho penal. Perspectiva crítica	119
I. Introducción.....	119
II. La carga normativa del concepto de peligro	120
III. La imputación del coste del desconocimiento	128
IV. Fiabilidad empírica vs. límites normativos.....	130
V. Propuesta conceptual	143
VI. Orientación de los próximos capítulos	157
VII. Conclusiones parciales	158
CAPÍTULO III: El proceso de atribución de la imputabilidad	161
I. Delimitación del objeto de estudio	161
II. ¿Qué significa ser imputable?	183
1. Proceso de comparación.....	188
2. Objeto de referencia	189
3. Propiedad comparada	191
4. Instrumento de medición.....	193
III. Lo fáctico y lo normativo en la imputabilidad.....	196

IV. La imputación de responsabilidad en comunidades simples: la “imputabilidad animal”	203
1. Inimputabilidad por “menor edad”	206
2. Inimputabilidad por “diferencias esenciales”	207
3. Inimputabilidad por “anomalías psíquicas”	208
4. Breves conclusiones parciales	210
V. Las causas de inimputabilidad como selección de la diferencia	211
VI. Excurso: el elemento temporal del juicio de imputabilidad	219
VII. Conclusiones parciales	231
CAPÍTULO IV: El significado de la inimputabilidad	233
I. Introducción	233
II. Cuestión preliminar: psiquiatría y Derecho penal	234
III. Cuánto individualizar	243
1. Límites funcionales a la individualización	244
2. Límites axiológicos a la individualización	249
IV. El inimputable como “anormal”	272
V. ¿Existe el imputable peligroso?	289
VI. Distintas formas de exclusión	306
VII. Breve apunte sobre el fundamento material de la culpabilidad	309
VIII. Conclusiones parciales	320
CAPÍTULO V: Origen y concepto de las medidas de seguridad	323
I. Introducción	323
II. Justificación de la perspectiva abordada: ¿Derecho comparado?	326
III. El origen de las medidas de seguridad	329
IV. El papel de las medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico-penal español	338
V. El debate sobre las garantías que deben acompañar a las medidas de seguridad	341
VI. Presupuestos legales de la imposición de medidas de seguridad: el problema del fundamento	344
VII. El presupuesto del delito previo	350
VIII. La necesidad de una fundamentación ética de las medidas más allá de la utilidad	358
IX. Conclusiones parciales	364
CAPÍTULO VI: Perspectiva crítica de las medidas de seguridad para sujetos responsables	367
I. Introducción	367

II. Razones de una distinción	368
1. ¿Por qué distinguir?.....	369
2. ¿Cómo distinguir?	375
3. ¿A qué precio distinguir?	381
4. La construcción de instituciones jurídicas atenta a sus consecuencias	384
5. Alguna posible objeción.....	393
III. Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad para imputables.....	399
1. Principio del interés preponderante.....	408
2. Pérdida de inmunidad.....	412
3. ¿El paralelismo de la cuarentena?	419
IV. Problemas de una distinción: los ejemplos paralelos de la <i>Sicherungsverwahrung</i> y del <i>civil commitment</i>	428
1. La custodia de seguridad alemana.....	430
2. Los internamientos civiles de delincuentes peligrosos en Estados Unidos.....	442
3. Problemas comunes.....	449
V. La libertad vigilada en España	451
VI. El problema del destinatario de la sanción	459
VII. Especial consideración a la prohibición de incurrir en <i>bis in idem</i> : de nuevo, el problema del fundamento	471
VIII. La función preventiva del Derecho penal: distintas vías de “acumulación”....	485
IX. El auténtico problema: la necesidad de una dogmática de las consecuencias jurídicas orientada a las garantías	501
X. Conclusiones parciales.....	504
CONCLUSIONES	507
CONCLUSIONS	515
BIBLIOGRAFÍA	525

INTRODUCCIÓN GENERAL/RESUMEN

Decir que el Derecho penal vive tiempos de cambio es hoy una afirmación indiscutida y también, por cierto, una aseveración válida para cualquier momento a lo largo de los dos últimos siglos¹. Todo cambio social significativo repercute inevitablemente en el Derecho penal, sus límites, fundamentos y objetivos. Son muchas las transformaciones estructurales que de forma reciente ha experimentado este sector del ordenamiento jurídico y muchos, también, los trabajos que, en los últimos tiempos, se han ocupado de manera original de ellas con un acierto y una profundidad que no se perseguirán en estas breves páginas introductorias². La aparición de nuevos riesgos, el surgimiento de nuevos “bienes jurídicos”, la emergencia de nuevas formas de intervención, la flexibilización de los tradicionales principios y garantías penales, la europeización (y, más genéricamente, internacionalización) de sus fuentes, etc. han demandado importantes esfuerzos de la doctrina para tratar de ordenar y dar sentido a estos cambios. Junto a estas alteraciones de carácter más bien estructural han aparecido otras muchas en lo que a la política criminal se refiere. Así, no es extraño oír hablar continuamente en estos tiempos del denostado “Derecho penal simbólico” o del “populismo punitivo”³.

En el caso español, la monografía de SILVA SÁNCHEZ *La expansión del Derecho penal* introdujo, con su primera edición en el año 1999, un debate al que seguirían más tarde un buen número de artículos y trabajos monográficos. Se indicaba ya entonces que, por razones varias, el Derecho penal estaba ensanchando su ámbito de actuación hasta límites desconocidos⁴. A esta monografía, de indudable éxito y repercusión, se le reprochó, entre

¹ O, dicho en mejores palabras de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2012, p. 3, “[e]n nuestros días, se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en ‘crisis’ (...). [L]a crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho”.

² Muchos de estos trabajos se encuentran referidos en las notas de esta introducción, por lo que aras a la brevedad nos remitimos a ellos.

³ Una apretada (pero ilustrativa) síntesis de la definición de estos conceptos y su forma de relacionarse entre sí se puede encontrar en CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 90 y ss. En particular sobre el “populismo punitivo” y el papel que en él desempeñan los medios de comunicación, vid. POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 33 y ss. y, especialmente, pp. 86 y ss.

⁴ Así, tomando como referencia ahora la última de las ediciones (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., BdeF,

otras cosas, no poner el acento suficientemente en la intensificación de la respuesta penal frente al tradicional destinatario de la misma: el excluido⁵. En alguna medida, esta crítica fue excesiva por cuanto censuraba al autor por lo que no hacía o, parecía sugerirse, por lo que decía con el propósito de esconder lo que callaba. Es este un juicio de intenciones que, sin embargo, no nos encontramos en disposición de hacer⁶.

Buenos Aires, 2011), se pone de relieve la profunda modificación que vive el Derecho penal. Esta no tendría su origen en “la superestructura jurídico-política”, sino en una serie de factores “que hundan sus raíces en el modelo social” que se ha configurado a lo largo de las últimas décadas (p. 7). Entre otras causas se señala la emergencia de nuevos intereses, la percepción de nuevos riesgos, la generalización de la sensación de inseguridad o el descrédito en el que otras instancias de protección y control social se ven envueltas (pp. 11 y ss.). Todo esto daría lugar a una “administrativización” del Derecho penal, que supondría un ensanchamiento de su ámbito de actuación y una dilución de sus “tradicionales” garantías y reglas de imputación (pp. 131 y ss.).

⁵ En este punto resulta especialmente clara la rotunda crítica de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 6, 2004, p. 7, cuando defiende que “[r]esulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida ‘expansión del derecho penal’ no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes aflictivos. Ello se pretende legitimar mediante la contrapartida de un incremento de la efectividad del derecho penal en ese ámbito, a lograr mediante una disminución de las garantías penales, nunca suficientemente concretada, tampoco justificada y mucho menos creíble”. En la séptima nota (misma página) atribuye ese preciso defecto a la tesis de SILVA SÁNCHEZ a la que reconoce, pese a todo, haber tratado de prestar atención al recrudescimiento de la respuesta penal frente al marginado (aunque, sostiene el autor citado, de forma incorrecta por tratar de explicar de forma unitaria dos fenómenos distintos). Incide en esta idea después en la nota 42^a, p. 25. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 69, 2006, pp. 212 y ss., ha insistido mucho en la necesidad de diferenciar nítidamente entre distintas clases de riesgos. De este modo, ha sostenido que “[e]quiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos. Los peligros que conlleva esa disposición a trasladar conceptos de un contexto a otro explican igualmente la ausencia de deslinde suficiente entre lo que es una criminalidad organizada llevada a cabo por bandas profesionalizadas de extranjeros y la criminalidad de inmigrantes derivada de su inestabilidad social y económica” (pp. 212 y ss.); algo que lo lleva a considerar que “el concepto de ‘expansión’ deja ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales pasan a ocupar, dentro del *nuevo concepto de expansión*, un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente” (p. 215).

⁶ Lo cierto es, no obstante, que, algún autor, en concreto SGUBBI, había llegado algunos años antes precisamente al extremo que a SILVA SÁNCHEZ se le criticaba. Así, este autor mantuvo (de forma claramente excesiva) que el Derecho penal había experimentado un tránsito en el que había traspasado la carga del “mayor riesgo penal” de las “clases bajas” a las “clases altas”. Vid., a este respecto, SGUBBI, F., *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 113 y ss. De manera especialmente clara sostiene que el Derecho penal actual, como se predica del tributario, responde a un criterio de progresividad (p. 114) y llega a defender que “el riesgo penal es mínimo para los sujetos que están al margen del consorcio social, para los ‘diversos’, para aquellos que están en la periferia o, aún más,

MENDOZA BUERGO, muy poco después, contribuyó de forma relevante al debate en parecidos términos a los de SILVA SÁNCHEZ⁷. Una nota discordante la introdujo por primera vez, hasta donde se nos alcanza, GRACIA MARTÍN, que puso en duda lo injustificado de esta expansión⁸.

‘fuera’ del espacio social organizado” (p. 123). Lo que, sin embargo, sí tiene de valioso la contribución de SGUBBI es que pone de relieve algo probablemente cierto: que la clase media suele ser la que menor riesgo penal tiene sobre la cabeza, algo que puede obedecer a la lógica represiva de las mayorías; en definitiva, algo que responde a la idea básica de que la mayoría regula para los otros, de que las mayorías (clases medias) criminalizan más los comportamientos que se dan con mayor frecuencia en minorías (en peor o mejor situación que las propias mayorías) que en ellas mismas. Esto, por otra parte, es algo que cuenta con una explicación sencilla y es que, siguiendo a CHRISTIE, N., *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 68, “[u]n principio básico del control social es que los que tienen mucho y los que no tienen nada son los dos extremos más difíciles de gobernar. Esto es así porque los que tienen mucho también tienen mucho poder y los otros, al no tener nada, no tienen nada que perder”.

⁷ MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001. Sostiene la citada autora que las nuevas demandas de seguridad (fruto de importantes cambios sociales) no podrían ser debidamente canalizadas a través del Derecho penal liberal (p. 48), lo que habría conducido a una serie de importantes cambios como la creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales (pp. 68 y ss.), la proliferación de los delitos de peligro (pp. 78 y ss.) y la puesta en tensión de importantes principios penales de carácter material y procesal (pp. 92 y ss.). Todo ello, en opinión de la autora, habría conducido a una “*crisis profunda* (...) del modelo de intervención penal” (p. 155). Este planteamiento permitirá a la autora considerar de forma expresa que se encuentra “sustancialmente” de acuerdo con las críticas manifestadas al respecto por SILVA SÁNCHEZ (p. 181), aunque no con sus propuestas de solución (p. 184). Con ello, concluirá que “resulta mucho más importante respetar la *identidad* del Derecho penal en su carácter de *ultima ratio*, observando estrictamente los principios que fundamentan la intervención penal, de manera que se asegure la *seriedad* de la conminación penal —lo cual redundará finalmente en su mayor eficacia—, que acabar desnaturalizando el instrumento penal en el intento de abarcar de modo más eficaz ámbitos y funciones que se ve forzado a asumir, influido por presiones coyunturales de diverso tipo” (p. 186).

⁸ Así lo hizo de forma extremadamente provocativa en GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *passim*, donde se manifestó de forma muy crítica y rotunda frente a lo que denomina “discurso de resistencia a la modernización”, discurso que consideraba “preocupante no sólo por su carácter ultraliberal y reaccionario, sino sobre todo por su capacidad de persuasión incluso en sectores progresistas de nuestro pensamiento jurídico penal” (p. 21). Es este un planteamiento que considera rechazable entre otros muchos (muchísimos) motivos por ser inaceptable desde una perspectiva histórico-material (p. 37). Así, el citado autor llega a sostener que “los enunciados contra la modernización son, sin la menor duda, y en su totalidad, productos de una crítica que arranca de una situación inicial gravemente hipotecada por los anteriores, y que se desarrolla de modo completamente tautológico y circular mediante afirmaciones no demostradas que, además, quebrantan de modo grave elementales leyes relativas a la formación de los juicios de la razón” (p. 165). Frente a ello, y en el entendido de que el Derecho penal clásico (o liberal) no puede ser el objetivo al que dirigirse (p. 50), sostiene que “el Derecho penal moderno es uno en todo conforme con las exigencias del Estado de Derecho, pero además (...) esta conformidad se realiza en un grado tan *absoluto* que la misma no admite ni excepciones ni una mínima relativización” (p. 156). De manera coherente sostendrá, entonces, que la modernización debe seguir avanzando (pp. 163 y ss.) y que esto es una exigencia ética (p. 189), que conducirá, además, a mayores garantías, pues aquellas garantías formales de origen liberal se verán complementadas (¿quizás mejor “sustituidas”?) por garantías de carácter material inspiradas en el Estado Social de Derecho (pp. 212 y ss.). En una línea compatible, aunque, por supuesto, con muchas divergencias en los planteamientos teóricos, se ha manifestado, entre otros, POZUELO PÉREZ, L., “De nuevo sobre la denominada ‘expansión’ del derecho

La consagración de esta discusión generó que, por efecto acumulativo, lo que a ninguno de estos autores era reprochable individualmente fuera censurable de la disputa en su conjunto: que se minimizara el papel que las nuevas tendencias tenían de cara a la represión del “desfavorecido”; una represión que, al margen de pronunciamientos doctrinales marginales, permanecía sin respuesta académica. Esta llegó, en algún modo, de la mano del trabajo de BRANDARIZ GARCÍA, cuando de forma muy interesante combinó estos cambios estructurales con la dirección de recrudescimiento punitivo que se experimentaba en las últimas décadas ofreciendo una convincente y sistemática explicación. No se trataría ya de un mero “populismo punitivo” (que también), sino de una tendencia con causas más profundas⁹. De esta manera se sentaban, a nuestro juicio, las bases del problema que aquí se enfrenta: la cuestión en el plano ideológico y la cuestión en el plano material.

De la mezcla de ambas corrientes de cambios emerge el problema que será abordado en este trabajo: el tratamiento del individuo imputable peligroso¹⁰. Surge (o, quizás mejor, resurge) de una y otra clases de tendencias evolutivas porque, por un lado, su caracterización como problema y la difuminación de los límites con los que tradicionalmente era abordado como tal se encuentran en estrecha vinculación con las

penal: una relectura de los planteamientos críticos”, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Dir.): *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. Esta autora, con el propósito confeso de relativizar algunas de las críticas dirigidas a la expansión (p. 109), reseña el componente ideológico (político-criminal) que preside la discusión, aunque en ocasiones lo haga de modo soterrado (pp. 117 y 122). Incide, además, en la necesidad de no desarrollar toda esta discusión en abstracto, sino en descender a supuestos concretos (p. 132) para terminar por concluir que “las distintas posturas en torno a si el derecho penal debe intervenir o no en determinados ámbitos no hacen sino reflejar diferentes maneras de entender el Estado y sus estrategias de intervención. Y, en la medida en la que en todo momento dichos modelos de intervención se mantienen dentro del marco constitucional, estamos, en definitiva, tan sólo ante una cuestión de opciones políticas” (p. 133). En un sentido próximo, en particular en lo relativo al Derecho penal económico, vid. también MARTÍNEZ BUJÁN, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.): *Mutaciones del Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, *passim*.

⁹ BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016, *passim*. SINGELNSTEIN, T. y STOLLE, P., *Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert*, 3ª ed., VS, Heidelberg, 2012, p. 46, han destacado también la manera en que han confluído en esta misma dirección tanto las perspectivas morales conservadoras como la ideología neoliberal.

¹⁰ Nos referimos ahora deliberadamente a “individuo” frente a “sujeto”, dado que, habitualmente, el concepto de “sujeto” acarrea un estatus jurídico del que el “individuo” carece. En todo caso, a lo largo de la investigación que sigue se emplearán estos indistintamente. Es cierto que ello supone una renuncia a una precisa delimitación conceptual. Sin embargo, para hacer la lectura lo más fluida y menos repetitiva posible se considerarán en lo que sigue conceptos intercambiables.

nuevas tendencias político-criminales y, por otro lado, la aparición de nuevas formas de intervención frente a él responde a un desarrollo estrictamente material/tecnológico. El nivel de tolerancia de la sociedad actual frente a nuevos y viejos riesgos se ve profundamente trastocado y esta demanda nuevas formas de intervención estatal para hacer frente a los mismos. Se asiste, así, a un “avance preocupante del derecho penal de la peligrosidad”¹¹.

Como consecuencia de este nuevo enfoque de la cuestión de la política criminal comienzan a aparecer multitud de investigaciones que, con carácter más o menos crítico, pretenden dar cuenta de los cambios que se están produciendo. De este modo, un debate que comenzó centrado en cómo el Derecho penal se dirigía novedosamente frente a las “clases poderosas” se reorienta poniendo el acento sobre su relación con el sujeto excluido y el peligroso¹². Así, la crítica que se hiciera a la discusión originaria deja de tener en verdad sentido, pues el objeto de estudio que entonces se consideraba puramente accesorio pasa a desempeñar un papel central en la disputa doctrinal. Ello es así hasta el punto de que, en la actualidad, probablemente no sería arriesgado sostener que la cuestión que más interés suscita acerca de las nuevas tendencias político-criminales es precisamente esta¹³. Es toda esta una discusión, por supuesto, que trasciende nuestras

¹¹ GARCÍA ARÁN, M., “¿Penas o medidas? Del garantismo a la confusión”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 394.

¹² Vid., para un interesante planteamiento de la cuestión, PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 34 y ss.

¹³ De forma general, vid. JORGE BARREIRO, AG., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, *Libertas*, n.º 0, 2012, pp. 178 y ss.; MARAVER GÓMEZ, M., “Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 31, 2015, passim.; y PÉREZ CEPEDA, A. I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, passim., resaltando, en todo caso, la función de exclusión que esta nueva forma de concebir el Derecho penal desempeña (p. 53). En particular, sobre la discusión relativa al llamado “Derecho penal del enemigo”, vid. CANCIO MELIÁ, C., “¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, pp. 110 y ss. (en el plano descriptivo) y pp. 124 y ss. (en el plano crítico) y, acerca de su conexión con la regulación penal del terrorismo, vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 235 y ss. El debate acerca de esta tendencia penal ha generado una bibliografía inagotable (y, por momentos, agotadora). Además, como ha señalado GRECO, L., *Feindstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 11 y ss., esta discusión no es solo a día de hoy inabarcable, sino que además se encuentra impregnada por una importante “carga emocional” que distorsiona de manera lamentable la polémica académica. A ello, siguiendo de nuevo al autor brasileño, se suma que esta misma discusión se encuentra emponzoñada por la falta de claridad

fronteras y que, con las particularidades de cada ordenamiento, se está reproduciendo con una intensidad similar en países de nuestro entorno¹⁴.

La evolución del tratamiento jurídico-penal del individuo imputable peligroso es, como decíamos, buena muestra de estos cambios de tendencia¹⁵. De hecho, es sencillo apreciar cómo desde la aparición del vigente Código penal español en 1995 hasta la actualidad el abordaje penal de esta cuestión (con una cada vez mayor intensificación en la respuesta)

conceptual (p. 49). Habría, al menos, tres formas de entender a qué nos referimos cuando hablamos de Derecho penal del enemigo y estas tres opciones podrían merecer un juicio diferente: Derecho penal del enemigo como concepto legitimador, como concepto crítico o como mera descripción (p. 50). En todo caso, en opinión del autor citado, ninguno de ellos sería verdaderamente útil, dejando al margen los problemas de legitimidad que alguno presenta (p. 60). Por otra parte, sobre la efectiva contaminación del modelo de “Derecho penal del ciudadano” por el “Derecho penal del enemigo”, vid. PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.): *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, p. 71. Para una profundización en la materia, resulta ineludible CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Buenos Aires, 2006 (dos volúmenes).

¹⁴ Aunque de nuevo aquí la bibliografía resulta inagotable, seguramente no sería injusto destacar sobre el resto de trabajos los de GARLAND, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, University of Chicago Press, Chicago, 2001 y HUSAK, D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, especialmente centrados en el entorno angloamericano. El primero ofrece una perspectiva de análisis de corte sociológico-criminológico y el segundo una más de corte dogmático-filosófico. Ambos, en buena medida, constituyen el marco teórico en el que el resto de investigaciones se han desarrollado recientemente, profundizando en las distintas cuestiones. Así, el primero de los trabajos tuvo como principal mérito no tanto el de identificar los cambios del naciente modelo político-criminal que comenzaba a surgir, algo que en alguna medida ya se había hecho, sino el de ofrecer una descripción del conjunto de todos estos nuevos elementos y sus causas (p. 20). De este modo, se describe cómo desde un Derecho penal más tradicional y humanitario, orientado a la resocialización, se emprende un camino hacia un nuevo modelo basado en una idea de control más difusa y descentralizada (especialmente, pp. 53 y ss. y 167 y ss.). Esta evolución tendría su origen no solo en nuevas convicciones ideológico-criminológicas, sino en los profundos cambios sociales y económicos de Estados Unidos y Reino Unido en el último cuarto del siglo XX (p. 75). La segunda de las monografías, por su parte, reconociendo como punto de partida un innegable exceso de castigo y de criminalización en los Estados Unidos (p. 4), que no dependería especialmente, además, de la distinta orientación política del legislador de turno (p. 17), propone una serie de criterios normativos dirigidos a reducir la proliferación de nuevos tipos penales (pp. 55 y ss.). Todo ello, en el sensato reconocimiento de que el exceso de castigo y criminalización no es algo que dependa solo del legislador, pues, como explica, de la lectura de un Código penal cualquiera no se puede hacer una inferencia razonable del número de presos que hay en un país: el papel de agentes penales como la policía o la Fiscalía resulta esencial (pp. 19 y ss.). Pero lo cierto es que existen determinadas formas de tipificación especialmente propensas al abuso (p. 31). Estas formas de tipificación en auge serían los delitos de peligro (*crimes of risk prevention*), los delitos accesorios (*ancillary offenses*) y los delitos superpuestos (*overlapping offenses*) (pp. 36 y ss.).

¹⁵ Esta evolución probablemente responda en el ámbito occidental al impulso político-criminal estadounidense. Pero conviene no perder de vista, como señala HARCOURT, B. E., “Neoliberal penalty. A brief genealogy”, *Theoretical Criminology*, vol. 14, 2010, p. 75, que no todos los desarrollos de esta tendencia han nacido en dicho país y tampoco solo en el entorno anglosajón.

ha presidido las más importantes reformas del texto original¹⁶. De manera muy resumida, cabe evidenciar, como mero botón de muestra, la inclusión en 2003 de la idea de “cumplimiento íntegro de las penas” o la circunstancia agravante de multirreincidencia, en 2010 de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos plenamente responsables y en 2015 la aparición en el Código de la prisión permanente revisable. Junto a esto, el incremento de penas, la tipificación de nuevas figuras delictivas que adelantan la barrera de protección y la reducción de beneficios penitenciarios muestran un cambio de orientación del sistema; cambio que creemos bien resumido por ACALE SÁNCHEZ cuando expresa que la resocialización deja de ser concebida como un derecho del preso para ser entendida como un deber de este¹⁷. ROBLES PLANAS expresa esta idea de forma igualmente certera cuando defiende que “puede afirmarse que la rudimentaria noción de la peligrosidad criminal (y de los inseguros criterios para su determinación individual) se ha quedado anticuada para fundamentar la reacción penal. Más bien la tendencia parece ser la de que sólo la *garantía de no peligrosidad* impide la intervención coactiva”¹⁸.

Esta serie de tendencias es, sin duda, merecedora de un profundo estudio desde la perspectiva político-criminal, pero no será este el enfoque aquí adoptado. El presente trabajo tratará, por el contrario, de comprobar cómo encaja esta tendencia (si es que efectivamente lo hace) en distintas categorías jurídicas (esencialmente principios y elementos de la teoría jurídica del delito). No se tratará, en definitiva, de profundizar en cómo se está operando recientemente en materia penal, sino solo de examinar si aquello que como Estado estamos de hecho haciendo puede ser justificado en términos jurídicos (y, a la postre, éticos). El objetivo de las páginas que a continuación se ofrecen no será

¹⁶ Sobre esto, vid., en particular, ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 85 y ss. y 218 y ss. Parece que tiene razón MAQUEDA ABREU, M. L., “La criminalización del espacio público”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17, 2015, p. 2, cuando sostiene, bien es cierto que desde una perspectiva algo más amplia, que “[e]l siglo XXI se ha propuesto compensar con creces el retraso que nuestro país había experimentado en los diseños de una política criminal securitaria. Mientras buena parte de los estados europeos occidentales, siguiendo la avanzadilla de EE.UU., celebraban la entrada en la posmodernidad con la instauración de leyes y prácticas crecientemente represivas, el Estado español se distinguía por una relativa pasividad en la guerra contra la desviación y la delincuencia”.

¹⁷ Señala concretamente ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, p. 25, que “se puede haber dado ya el paso para considerar que la reinserción, de *puro derecho*, ha pasado a convertirse en mera *obligación* que contrae el delincuente con el Estado a través de la comisión del delito”.

¹⁸ ROBLES PLANAS, R., “*Sexual predators*. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, n.º 4, 2007, p. 15.

entonces descriptivo, sino fundamentalmente prescriptivo; lo que no resulta óbice, lógicamente, para que se deban llevar a cabo esfuerzos puntuales que, con propósito explicativo, traten de mostrar el panorama tal y como es.

Probablemente habrá quien considere ya de entrada esta perspectiva errada. Se podría pensar que no son estas las “gafas” con las que se ha de analizar esta realidad cambiante. Se sostendría, así, que lo que están cambiando son precisamente los fundamentos y límites del sistema y que, por tanto, de lo que se trata es de ver cuál es su nueva configuración, no si el tratamiento al imputable peligroso encaja en la forma en que estos venían siendo tradicionalmente entendidos¹⁹. Sin embargo, hacerlo constituye, en nuestra opinión, una primera (e indebida) claudicación. Por un lado, porque todavía hay razones (en realidad, las que siempre ha habido) para mantener la plena vigencia de algunos de los “viejos principios” (el de culpabilidad y el de proporcionalidad, paradigmáticamente). Por otro lado, porque, aunque algunas de estas razones se hubieran “perdido por el camino”, por suerte o por desgracia buena parte de estos principios fueron constitucionalizados y es preciso lidiar con esta cuestión, no precisamente menor.

Por otra parte, aunque no se abordarán profusamente, varias de las cuestiones político-criminales que han sido apuntadas aparecerán puntualmente a lo largo de la investigación. Esto no debería sorprender en la medida en que principios penales, dogmática penal y política criminal se complementan de tal forma que hacen difícil (y contraproducente) una separación tajante²⁰. Los unos no se entienden sin los otros. Los principios contribuyen a fundamentar y a limitar unas categorías jurídicas que surgen, como los propios principios, como una concreta plasmación de una determinada política criminal. En todo caso, para una mejor comprensión de las páginas que siguen, es preciso apuntar ya unas pocas cuestiones que de forma latente o expresa aflorarán a lo largo del trabajo.

¹⁹ Quizás así quepa interpretar a DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Nuevo Foro Penal*, pp. 209 y ss., cuando sostiene que la importancia que ha cobrado la idea de seguridad ciudadana ha provocado un “desbordamiento del marco analítico tradicional”; o cuando este mismo autor accede a discutir en el plano de la “racionalidad pragmática” (centrada no tanto en cuestiones de principios como en la eficacia a la hora de prevenir la delincuencia) para defender el modelo de “Derecho penal bienestarista” (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 31 y ss.).

²⁰ Cabría decir que desde la celebrada obra de ROXIN sobre tales cuestiones, es esta una posición prácticamente unánime en nuestro contexto. Vid., en particular, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed., MUÑOZ CONDE, F. (Trad.), Hammurabi, Buenos Aires, 2002, passim.

Para empezar, es difícil negar que la tensión entre prevención y culpabilidad (o, en alguna medida, entre utilitarismo y deontologismo) se encuentra presente desde el propio origen del Derecho penal. De hecho, no sería extraño concebir el germen del Derecho penal (o, más precisamente, de la pena) como la consecuencia de la aparición del individuo y sus (tendencialmente crecientes) derechos²¹. Las fricciones entre un Derecho penal más eficiente en términos preventivos y uno más respetuoso con la libertad individual explican (o, al menos, contribuyen a la explicación de) la aparición de la mayor parte de los principios penales (materiales y procesales) y constitucionales que han constreñido el empleo de la pena²². Igualmente, esta permanente tensión dialéctica entre intereses de la comunidad y derechos del individuo ayuda a comprender, como veremos, la aparición y auge de buena parte de las “modernas” consecuencias jurídicas (piénsese en las medidas de seguridad). De este modo, como tantas veces sucede en el ámbito del Derecho penal, la labor del académico no parece ser la de solucionar un problema y pasar a otro nuevo, sino la de enfrentar una y otra vez (en los mismos o parecidos términos) la misma discusión²³. En términos algo literarios, pero exactos, el académico se asemeja más a un Sísifo que repetidamente soporta la misma pesada carga recorriendo idéntico camino que a un Ulises que, poco a poco, y con idas y venidas, progresa en el camino a una inalcanzable Ítaca. En consecuencia, frente a un planteamiento que a veces pretende sugerir algo así como que “ante nuevos problemas (el imputable peligroso) nuevas soluciones”, se impugna aquí que este sea un “nuevo problema”.

²¹ En este sentido es conocida la propuesta de ACHTER, V., *Geburt der Strafe*, Vittorio Klosterman, Frankfurt, 1951, para quien la intuitiva idea de que la institución de la pena existe desde que existe el Derecho constituye un error (p. 9). Más correcto sería decir, en su opinión (que en este punto se comparte), que, aunque siempre se haya utilizado el concepto “pena” entre unos contextos históricos y otros no existe una “línea de continuidad” (*Entwicklungsreihe*) en su significado (pp. 11 y ss.). No sería hasta finales de la Edad Media, momentos en los que (erróneamente, pues sucederá más tarde) data el comienzo de la idea de individuo, cuando aparecería una concepción de la pena próxima a la que hoy manejamos (pp. 13 y ss.); punto en el que el Derecho penal desplazará su mirada del hecho al autor y podrá efectuar por tanto alguna clase de reproche (p. 137). Desde entonces, el autor del delito no será visto como una mera perturbación del orden sagrado, que será restaurado por medios mágicos, sino como un ser malvado y moralmente responsable (pp. 137 y ss.). Sin embargo, creemos nosotros que para hablar propiamente de “pena” en un sentido próximo al que hoy le conferimos al término es preciso aguardar algo más. Vid. infra, Capítulo V, epígrafe III.

²² Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 5.

²³ Paradigmático ejemplo de este “eterno retorno de la dogmática” lo constituye, sin duda alguna, la polémica acerca del libre albedrío (o, más bien, su ausencia) y la manera en la que incide en la responsabilidad penal.

En estos términos, sería razonable pensar que, *sensu contrario*, si se trata de un “viejo problema” se podría volver también a las “viejas soluciones”. Esta afirmación, sin embargo, podría ser también aventurada por varios motivos. Para empezar, porque los “problemas” no existen en un sentido natural, sino que caracterizamos como “problema” aquello que, valga la reiteración, consideramos problemático. En consecuencia, aunque fuera este un “viejo problema” podría no ser exactamente el mismo porque nuestra consideración acerca de él hubiera cambiado en algún grado. Dicho de otro modo, aunque la cuestión sea esencialmente la misma, el cambio del contexto en el que tiene lugar (de todas las circunstancias que lo acompañan) no permite repetir sin más viejas fórmulas. Por otra parte, tampoco parecería lógico entender que desde el surgimiento de la pena el Estado no ha evolucionado (también) en atención a su función de cara a la protección social²⁴. No deja de resultar curioso, aunque en el fondo sea también razonable (y

²⁴ Aquí nos encontramos con una cuestión ciertamente espinosa. Seguramente no es deseable hablar de un “derecho fundamental a la seguridad”. Desde una perspectiva dogmática ello generaría, como ya apuntara HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 67, una perturbadora alteración en el sistema penal. El Estado estaría (especialmente) obligado, como, por cierto, se indicaba ya desde el origen de las teorías contractualistas, a ofrecer una seguridad básica que permitiera no temer por la vida y los más importantes bienes en el día a día, lo que implicaría la restricción de otros derechos fundamentales. PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, p. 52, señala en la misma línea, cuando defiende que la “interpretación del ‘derecho a la seguridad’, como valor autónomo, contradice absolutamente la función clásica de garantía de los derechos fundamentales, pues, cuanto más crezca un derecho fundamental a la seguridad, el clásico derecho a la libertad se verá recortado”. En este sentido, es clara también MARTÍNEZ GARAY, L., “¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal”, en VIVES ANTÓN, T. S., CUERDA ARNAU, M. L. y GÓRRIZ ROYO, E. (Eds.): *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 274 y ss., cuando sostiene que el papel de los derechos fundamentales en el contexto penal está sufriendo una evolución que los traslada desde su posición originaria como garantías frente al Estado a una posición de conflicto entre los derechos fundamentales de los acusados y de las víctimas reales o potenciales. Todo ello conduce a un “cambio completo de enfoque sobre el problema del fundamento y los límites del *ius puniendi*”: la expansión de la intervención penal deja de ser concebida como una *opción* para ser entendida como un *derecho* de alguien (p. 285). En una línea parecida se pronuncia también VON HIRSCH, A., “La prolongación de penas para los delincuentes peligrosos”, en CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.): *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 194 y ss. En definitiva, como señalara GARLAND, D., *The Culture of Control*, p. 12, la demanda de protección *frente* al Estado se ve progresivamente sustituida por una pretensión de protección *a través* del Estado. Ineludible en el marco de todo este debate resulta el trabajo de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *InDret*, n.º 3, 2016, *passim*, en el que analiza la creciente y preocupante tendencia del TEDH a reconocer cada vez mayores deberes positivos en materia penal del Estado para con sus ciudadanos (en tanto que víctimas reales o potenciales de delitos). Estos deberes cristalizan en obligaciones de criminalización (pp. 12 y ss.), investigación (pp. 15 y ss.), facilitación del proceso evitando trabas de carácter aparentemente formal (pp. 17 y ss.), punición suficiente (pp. 22 y ss.) y de ejecución de la pena (pp. 25 y ss.). Aunque lo cierto es que todos estos deberes no conducirían, en principio, al reconocimiento de un derecho fundamental de la víctima (p. 27), no se debe pasar por alto que “el potencial expansivo que anida en el concepto mismo del

fácilmente comprensible), que la ocupación de un lugar central por parte del concepto “seguridad” coincide con el momento en que las sociedades occidentales disfrutaban de unos estándares de vida nunca vistos²⁵. Además, la aparición de nuevos avances técnico-científicos abre la puerta a novedosas formas de intervención que en el pasado resultaban apenas imaginables²⁶. De esta forma, en esta ponderación libertad/seguridad surgen nuevas cuestiones que pueden requerir un análisis detallado y no una sencilla remisión a fórmulas potencialmente caducas.

En este marco, la eficiencia en el control de riesgos brota como un objetivo central de la política criminal. Sin embargo, como muy acertadamente se ha señalado, esta eficiencia no constituye ningún parámetro técnico, sino un juicio de valor encubierto²⁷. Consecuentemente, esta idea merece ser sometida a crítica y así lo será en más de una ocasión a lo largo de esta investigación²⁸. En la búsqueda de esta eficiencia se persigue también la evitación del delito con estrategias antaño marginales o directamente novedosas. Así, como apuntara ZEDNER, la intervención estatal dirigida a la erradicación del delito se orienta preferentemente a técnicas proactivas (previas a este) antes que a técnicas reactivas (de la que la pena, el castigo, constituye probablemente el ejemplo más

deber de protección ha ido empujando su operatividad hacia contextos muy diversos de los inicialmente delimitados” (p. 48). Con todo, concluye la autora, “la lógica de los derechos fundamentales en el nivel constitucional (en el Derecho penal más que en ningún otro ámbito) radica en servir de escudo al individuo frente a los potenciales abusos de la mayoría, atribuir a esta última (considerada como sociedad) derechos de protección frente a la minoría de individuos peligrosos y convertir su garantía en obligación estatal susceptible de control por el TEDH no engarza con el sentido del CEDH y de la declaración de derechos que contiene” (p. 59). Sin embargo, en ocasiones se rechaza (creemos que con buenos motivos) el “derecho a la seguridad” (concebido de forma más ambiciosa) desde una perspectiva liberal, olvidando que concebirlo como derecho tiene la fortuna, eso sí, de convertirlo en algo que cualquier ciudadano puede demandar. Rechazar su carácter de derecho y “degradarlo” a un mero “interés legítimo” genera la difícilmente sostenible situación de que la seguridad sea, en determinados contextos, solo para quien pueda pagarla.

²⁵ Así, KERTAI, B., *Sicherheit, Risiko und Opferschutz*, Peter Lang, Frankfurt, 2014, p. 122.

²⁶ Esto no resulta en absoluto sorprendente si comprendemos, además, con SINGELNSTEIN, T. y STOLLE, P., *Die Sicherheitsgesellschaft*, que el actual desarrollo del control social se relaciona con un proceso de transformación social más profundo (p. 14), que las formas y finalidades de este no son estáticas, sino que están condicionadas por razones socioculturales, económicas y políticas (p. 17) y que algunas de las instituciones tradicionalmente más relevantes por las que se ejerce, como la familia o la iglesia, han perdido su papel hegemónico (pp. 31 y ss.). En este contexto, la necesidad de nuevas formas de control se manifiesta con claridad y el desarrollo científico-técnico se dirige también a la satisfacción de estas demandas.

²⁷ BRANDARIZ GARCÍA, J. A., “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, *InDret*, n.º 2, 2014, pp. 17 y ss.

²⁸ En particular, vid. Capítulo II, epígrafes II, III y IV.

paradigmático)²⁹. INNES, por su parte y en un sentido parecido, ha señalado que “es el desarrollo de formas de control social proactivo y su aplicación en un amplio ámbito de problemas sociales uno de los rasgos más importantes del aparato de control de la modernidad tardía”³⁰. Así, para MAPELLI CAFFARENA, la preferencia del actual modelo penológico por el control antes que por la reacción conduce lentamente a una disminución del uso de la prisión, que se ve parcialmente sustituida por medidas “más eficaces” en términos de control de peligros³¹. Sin embargo, en ocasiones parece que esta predilección por lo proactivo se presenta de forma aséptica como sencillamente preferible, pues ¿qué motivo habría para esperar a la comisión del delito? Se debería aplicar simplemente la lógica popular del “mejor prevenir que curar”. La respuesta a esta cuestión la ofreció ya hace décadas HART. Frente a otras formas de control social, la pena, precisamente porque espera al último momento, maximiza la libertad de los sujetos³². Por supuesto, esta seguramente no sea la opción preventivamente más eficiente, pero es que no es esto lo único que importa y, por eso, cualquier solución razonable rechazará siempre lo preventivamente más eficiente. Por poco que haya en el otro lado de la balanza, algo deberían ceder las necesidades preventivas tras una ponderación reposada.

De esta forma se pone de manifiesto algo que, a veces, parece olvidarse y que en este trabajo se tendrá muy presente. En ocasiones, y desde más de una perspectiva (social e individual), la imposición de una pena no será lo peor que el Estado le pueda hacer a un sujeto sometido a él. Renunciar a la pena, para colmar luego el espacio que deja libre con otra institución, no supondrá siempre una ganancia en términos de libertades, ya sean estas individuales o colectivas. Tiene razón KAISER cuando apunta que el Estado puede

²⁹ ZEDNER, L., *Security*, Routledge, Cornualles, 2009, pp. 73 y ss. Vid., en similar sentido, PÉREZ CEPEDA, A. I., *La seguridad como fundamento*, p. 22. Vid. también, sobre esta distinción, MEIER, B. D., *Strafrechtliche Sanktionen*, 3ª ed., Springer, Berlín, 2009, p. 2.

³⁰ INNES, M., *Understanding Social Control: Deviance, Crime and Social Order*, Open University Press, Glasgow, 2003, p. 7.

³¹ MAPELLI CAFFARENA, B., “Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 428 y 435.

³² HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1968, p. 23. En un sentido similar se pronuncia también GÄRDITZ, K. F., *Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?*, Schoeningh Ferdinand, Múnich, 2015, p. 34, al señalar que esta es una de las características de los ordenamientos liberales; ordenamientos que, conscientemente, asumen mayores riesgos.

decidir cómo gestionar un conflicto, pero no si lo hace o deja de hacerlo³³. Reconducir esta difícil disyuntiva a una preferencia automática por aquello que no constituya una pena, amén de resultar poco reflexivo, puede suponer un grave problema para las libertades. Precisamente por el surgimiento de las nuevas técnicas de intervención que antes apuntábamos, hemos de ser especialmente cautelosos ahora en el momento de tomar una decisión en uno u otro sentido.

Con estas breves observaciones preliminares de carácter político-criminal probablemente parezcan menos sorprendentes algunas consideraciones que se efectuarán en esta investigación y, sin duda, resultarán estas más comprensibles. La estructura del trabajo que aquí se presenta es sencilla y armónica, aun habiendo incurrido en el riesgo de una cierta desproporción entre los capítulos que lo componen. La investigación se encuentra estructurada en torno a tres apartados que se dividen, a su vez, en dos capítulos. Cada una de las partes pretende dar respuesta a los tres elementos que conforman el objeto de estudio de las siguientes páginas: el tratamiento penal del sujeto imputable peligroso. Así, precisamente en el orden inverso al de tales palabras, la primera parte se centrará en la problemática asociada a la peligrosidad criminal, la segunda estudiará las cuestiones relevantes para esta investigación con respecto a lo que a la imputabilidad se refiere y la tercera (y última) se centrará en el más prototípico instrumento contemplado en nuestro ordenamiento para conjurar la peligrosidad criminal: las medidas de seguridad.

El primer capítulo de cada una de estas partes contará con un propósito eminentemente descriptivo y el segundo con uno tendencialmente crítico. Así, en la primera parte se definirá primero qué se entiende generalmente por peligrosidad criminal, cómo se evalúa esta y en qué ámbitos puede tener repercusión (Capítulo I). Posteriormente, se cuestionará que tal concepto se encuentre debidamente construido, se señalarán algunas de sus deficiencias y se aportarán los criterios que deberían regir la configuración del concepto si se quiere hacer un uso legítimo de él (Capítulo II). En cuanto a la segunda parte, el primer capítulo abordará la cuestión de la forma en que inevitablemente atribuimos responsabilidad penal y concretamente qué ha de suceder para considerar imputable a un sujeto (Capítulo III). El segundo capítulo tendrá por objeto problematizar algunos aspectos que en este punto suelen ser dados por sentado y cuestionar también cómo se

³³ KAISER, G., *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle: Legitimation, Wirklichkeit und Alternativen*, Athenäum, Frankfurt, 1972, p. 1.

puede predicar simultáneamente de un sujeto su condición de imputable y su condición de peligroso (Capítulo IV). En lo relativo a la tercera parte, la relacionada con las consecuencias jurídicas, el primer capítulo se encuentra destinado a la aclaración del contexto en el que “nacen” las medidas de seguridad y algunos malentendidos que desde hace tiempo se arrastran (Capítulo V). El siguiente capítulo (Capítulo VI) afronta, por el contrario, la problemática cuestión de la naturaleza y fundamento de las medidas de seguridad para someter a examen su diferenciabilidad de las penas y los límites con los que, en todo caso, han de contar. Finalmente, se ofrecen unas sumarias conclusiones que pretenden exclusivamente listar algunas de las ideas más relevantes de cara a esta investigación procedentes de las argumentaciones esgrimidas en toda ella.

Todo este trabajo se articula, pues, con el propósito de tratar de responder a la pregunta acerca de qué es lícito, en el marco de nuestros parámetros constitucionales y dogmáticos, hacer frente a quien siendo imputable supone un peligro para los demás. Al final, y esto sí cabe anticiparlo, se mostrará que las pretendidas nuevas respuestas al viejo problema ni son tan nuevas, ni suponen una respuesta. Constituyen, más bien, la encarnación de la misma fuerza regresiva a la que desde su nacimiento se enfrenta la pena liberal. Así, frente a una pena que se humanizó y restringió se demandaron siempre, por parte de algunos, medidas que gestionaran todo aquello a lo que la pena renunciaba. La pregunta, tan vigente entonces como ahora, es si tiene sentido restringir por un lado para ampliar por el otro.

Por último, una consideración adicional se antoja necesaria. En las primeras páginas de la monografía de la que fuera su tesis doctoral SANCINETTI efectuaba una clasificación entre investigaciones que hacemos aquí propia. Decía el autor argentino que una tesis doctoral podía tener, o bien un carácter vertical, o bien uno horizontal³⁴. La primera tomaría como objeto de estudio uno concreto y bien delimitado, de forma que la pretensión esencial de esta sería profundizar en él tanto como fuera posible. La segunda, por el contrario, buscaría más bien esbozar un panorama, más o menos complejo, y trataría de articular de forma coherente las distintas relaciones entre los diversos elementos que componen tal paisaje en su conjunto. La investigación que aquí se presenta

³⁴ SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al desvalor de acción*, 2ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 13.

se asemeja más a una tesis “horizontal” que a una “vertical”, por cuanto profundizar en todas las cuestiones que serán apuntadas hubiera sido una labor, sin duda alguna, inabarcable. Ello tiene una consecuencia inmediata no menor y es que la bibliografía que aborda las cuestiones sobre las que versa este trabajo resulta literalmente inconmensurable. Por ello, resulta imprescindible ofrecer de antemano una disculpa para los autores de aquellas investigaciones que, de forma más o menos justificada, hayan podido ser omitidas. Precisamente por saber ahora el esfuerzo y sacrificio que supone elaborar un trabajo académico de la mejor manera posible, estimamos que tal disculpa resulta absolutamente indispensable.

Junto a esta imprescindible disculpa cabe realizar una precisión final. Hace años, en su contribución al Libro Homenaje al Profesor CEREZO MIR, comenzaba VIVES ANTÓN su trabajo (en el que trataba, precisamente, cuestiones vinculadas al principio de culpabilidad) del siguiente modo. Sostenía VIVES: “[a]unque innecesario es decirlo, no perdería el tiempo en escribirla [la contribución] si no fuera porque voy a intentar ir un poco más allá de lo que CEREZO dice y, en general, de cuanto se ha dicho acerca del principio de culpabilidad, incluyendo, naturalmente, lo que he dicho yo mismo. No sé si semejante intento —el de decir algo solo relativamente nuevo— me dispensa objetivamente de utilizar una bibliografía que, hoy por hoy, me resultaría imposible manejar por la sencilla razón de que no dispongo de tiempo para ello. En cualquier caso, personalmente creo que los argumentos que voy a desarrollar tendrán el valor que les dé su poder de convicción racional, por mucho que las insuficiencias bibliográficas les puedan hacer perder capacidad de persuasión”³⁵. Desde luego, quien esto escribe no es VIVES ANTÓN y carece de su conocimiento, formación y autoridad. Y, sin embargo, esto (así como las inevitables lagunas bibliográficas) no dice nada sobre el “poder de convicción racional” de lo que se sostendrá en las próximas páginas, se trata solo de la “capacidad de persuasión”. En este punto, nos permitiremos humildemente desplazar la responsabilidad del autor al lector.

³⁵ VIVES ANTÓN, T. S., “El principio de culpabilidad”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 212.

GENERAL INTRODUCTION/SUMMARY

The assertion that the criminal law is currently undergoing serious change is today undisputed and, indeed, valid for any moment in the History of the last two centuries³⁶. Every significant social change inevitably affects the criminal law, its limits, foundations and aims. This legal field has undergone many structural changes in the last decades, and many recent works have devoted attention to them. Those works present a level of originality, skill and depth that we shall not try to attain in these brief introductory pages³⁷. The emergence of new risks, the appearance of new legally protected interests (*bienes jurídicos*), the rise of new forms of intervention, the flexibilization of the traditional penal principles and guarantees, the europeanisation (and, in more general terms, internationalisation) of its sources, etc. have required scholars to devote great efforts in order to organise and to make sense of such changes. Along with these rather structural alterations, others have appeared that concern criminal policy. Nowadays, for instance, concepts like the despised “symbolic criminal law” or “populist punitiveness” are all but unheard of³⁸.

In Spain, SILVA SÁNCHEZ’s book *La expansion del Derecho penal* (The Expansion of Criminal Law) gave rise, with its first edition in 1999, to a debate that would later be followed by numerous articles and monographs. At that point in time it was already argued, for various reasons, that the criminal law was expanding its scope of intervention up to limits yet unknown³⁹. This undoubtedly successful and influential book was

³⁶ Or, as SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2nd edn., BdeF, Buenos Aires, 2012, p. 3 has more accurately stated, “the idea that the criminal law is undergoing a ‘crisis’ has nowadays become commonplace (...). [A]ctually, crises as such are inherent to the criminal law as a normative ensemble or, to say the least, immanent to the modern criminal law that stemmed from Enlightenment and was captured by the first States abiding by the rule of law”.

³⁷ As many of those are cited in the footnotes to this introduction, for the sake of brevity we shall merely refer to them here.

³⁸ A brief (though illustrative) summary of the definition of these concepts and the way in which they relate to each other can be found in CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, in JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2nd edn., Civitas, Madrid, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 90 ff. Particularly on “populist punitiveness” and the role that the media play in it, see POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 33 ff. and specially pp. 86 ff.

³⁹ Referring now to the last of the editions of the work (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3rd edn., BdeF, Buenos Aires, 2011), the author highlights the profound modification that the criminal law is undergoing. Such modification does not stem from the “legal-political superstructure”, but from a series of factors “rooted in the social model” that has been configured throughout the last decades (p.

nevertheless criticised on, among others, the grounds of not giving enough emphasis to the intensification of the criminal law response against its most traditional addressee: the outcast⁴⁰. This criticism was to some extent excessive, in that it censured the author for what he did not do, or rather (as it seemed to be suggested) for what he said with the aim of hiding what he was not saying. It entails, however, an assumption about his intentions that we do not feel entitled to make⁴¹.

7). Among other causes, he points at the emergence of new interests, the perception of new risks, the generalisation of a sensation of insecurity, or the discredit of other sources of protection and social control (pp. 11 ff.). All this has made the criminal law come closer and closer to its administrative counterpart, hence entailing an expansion of its scope of intervention and a dilution of its “traditional” guarantees and rules for the attribution of responsibility (pp. 131 ff.).

⁴⁰ In this regard, it is worth highlighting the emphatic criticism of the work made by DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 6, 2004, p. 7, who argues that “[i]t is remarkable how the theoretical discussion on the improper ‘expansion of the criminal law’ does not focus, as a layman could imagine, on the continuous legal reforms aimed at strengthening the punitive arsenal against the classic delinquency, but, on the contrary, focuses mainly on ensuring that the penal response to the new criminality is significantly nuanced in its afflictive components. This intends to be legitimised by the counterpart of an increase in the efficacy of the criminal law in this field, which in turn is to be achieved by a decrease in penal guarantees that is never specific nor justified in any way, and that is not in the least credible”. In the seventh footnote (same page) he attributes this same defect to SILVA SÁNCHEZ’s thesis, to which he nevertheless concedes to have aimed to pay attention to the hardening of the penal response against the outcast (although, in the author’s view, in a flawed way by trying to give a unitary explanation to two different phenomena). He stresses this idea later in footnote 42, p. 25. In this connection, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Nuevo Foro Penal*, no. 69, 2006, pp. 212 y ff. has very much insisted on the need to sharply distinguish between two kinds of risks. He has hence claimed that “[t]o equate the risks that derive from the use of modern technologies to those settled in ordinary life as a consequence of the ever increasing rates of unemployment and social marginalisation entails referring to two sources of risk that are radically different in their origins, the social agents that activate them, the objective and subjective nature of the kinds of behaviour of which they consist, and the harmful consequences they produce. Leaving aside the fact that they both can give rise to criminal conducts, the connection between them is grounded solely on the semantic amplitude of the notion of risk but does not seem prone to be fruitful (academically speaking). The dangers that arise from this readiness to transfer concepts from one context to another equally explain the lack of a sufficient demarcation between organised criminality perpetrated by professionalised foreign groups and that carried out by immigrants on the grounds of their social and economic instability” (pp. 212 ff.); which in turn leads him to argue that “the concept of ‘expansion’ does no longer primarily refer to the new forms of criminality characteristic of the risk society, which come to occupy a rather quantitatively and qualitatively marginal place within the *new concept of expansion*” (p. 215).

⁴¹ It is nevertheless true that some authors, and particularly SGUBBI, reached precisely the position that SILVA SÁNCHEZ was criticised for some years before him. Indeed, this author defended the (clearly excessive) view that the criminal law had undergone a transformation through which the load of the “greater penal risk” had been transferred from the “low classes” to the “high classes”. See, in this regard, SGUBBI, F., *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 113 ff. He claims, in a particularly clear way, that contemporary criminal law, for instance tax criminal law, abides by a criterion of progressiveness (p. 114), and even argues that “penal risk is minimal for the individuals that are outside the social consortium, for the ‘diverse’, for the ones in the periphery or, most notably, ‘outside’ the organised social space” (p. 123). What is nonetheless valuable in SGUBBI’s contribution is that he

Very shortly thereafter, MENDOZA BUERGO significantly contributed to the debate from a very similar point of view to SILVA SÁNCHEZ's⁴². It was GRACIA MARTÍN who, to the best of our knowledge, put forward the first conflicting opinion by casting doubt upon the supposedly unjustified nature of this expansion⁴³.

highlights something that is probably true: namely, that the middle class is the one subject to the lesser penal risk, which may in turn be an aftermath of the repressive logic of social majorities; in other words, an aftermath of the basic notion that the majority rules for others, that majorities (the middle class) more often criminalise forms of behaviour that are more characteristic of minorities (in a worse or better position than them) than of majorities themselves. This can, on the other hand, be easily explained. Indeed, following CHRISTIE, N., *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 68, “[a] basic principle of social control is that those who have a lot and those who have nothing are the two extremes most difficult to govern. This is so because those who have a lot also have a lot of power, and the others, having nothing, have nothing to lose”.

⁴² MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001. The cited author claims that the new demands for security (in which substantial social changes are rooted) cannot be adequately channelled through liberal criminal law (p. 48), hence resulting in a series of important changes like the creation of new supra-individual legally protected interests (pp. 68 ff.), the proliferation of offences consisting in their mere endangerment (pp. 78 ff.) and the strain of important procedural and substantive principles of the criminal law (pp. 92 ss.). According to the author, all this has led to a “*deep crisis* (...) of the model of penal intervention” (p. 155); a ground on which she expressly claims to “substantially” agree with SILVA SÁNCHEZ’s critical assessment of the issue (p. 181). She hence concludes that “it is much more important to respect the identity of the criminal law in its *ultima ratio* nature, by strictly abiding by the principles that substantiate penal intervention, so that the seriousness of penal commination is guaranteed—which will in turn increase its efficacy—, than to end up denaturalising the penal instrument in the attempt to reach sectors and functions that it is forced to assume, influenced by circumstantial pressures of all sorts” (p. 186).

⁴³ Which he did, in an extremely provocative fashion, in GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *passim*, where he very critically and emphatically argued against what he called “the resistance-against-modernisation speech”, a speech that he considered “worrisome, not only due to its ultraliberal and reactionary nature, but specially to its ability to persuade even the most progressive sectors of our criminal-law scholarship” (p. 21). The author considers this approach to be objectionable, among many other grounds (many indeed), due to its being indefensible from an historic-material perspective (p. 37). The cited author hence comes to claim that “the statements against modernisation are entirely and undoubtedly the product of a criticism that stems from an initial situation heavily charged by the ones preceding it, and that is developed in a totally tautological and circular fashion, through undemonstrated assertions that moreover run counter to some of the most basic laws that govern reasonable judgement” (p. 165). Against this background, and departing from the assumption that classic (or liberal) criminal law can no longer be the goal to attain (p. 50), he argues that “modern criminal law is one totally in accordance with rule-of-law requirements, an accordance that is furthermore (...) so *absolute* that it does not tolerate exceptions, nor even a minimal relativization” (p. 156). He hence consistently claims that modernisation must keep going on (pp. 163 ff.), which is nothing less than an ethical imperative (p. 189), which will furthermore result in more guarantees, for the formal, liberally grounded guarantees will be complemented (¿or, perhaps better said, “replaced”?) by guarantees of a substantial nature inspired both by the social State and the rule of law (pp. 212 ff.). A worth-mentioning compatible approach—though, of course, very different in its theoretical underpinnings—is, among others, that of POZUELO PÉREZ, L., “De nuevo sobre la denominada ‘expansión’ del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”, in MONTEALEGRE LYNETT, E. (Dir.): *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Vol. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. With the confessed aim to relativize some of the criticisms raised against the expansion (p. 109),

The settlement of this discussion had a pernicious effect: what could not be reproached to any of these authors individually became a reprehensible trait of the debate as a whole, as it minimised the role played by the new tendencies in the repression of “the disadvantaged”; a repression that, leaving aside some marginal scholarly contributions, remained wanting of an academic response. This was in some way brought about by BRANDARIZ GARCÍA’s work, which very interestingly combined these structural changes with the direction towards greater penal harshness depicted in the last decades, offering a persuasive and systematic explanation. This was no longer mere “populist punitiveness”, but (also) a much deeper-rooted tendency⁴⁴. In this way, the grounds of the problem we here face were, in our view, finally laid down: the ideological side of the issue and its substantive one.

It is the combination of both kinds of changes that gives rise to the problem that will be addressed in this work: the criminal law responses to the dangerousness of culpable individuals⁴⁵. It emerges (or, perhaps more accurately, re-emerges) from one and the other sort of evolutive tendencies because, on the one hand, its labelling as a “problem” and the blurring of the lines that limited its traditional treatment are narrowly connected to the new criminal-political tendencies; and, on the other, the appearance of new forms of intervention against it derives from a strictly material/technological development. The level of tolerance that today’s society displays against new and old risks is profoundly

this author depicts the ideological (criminal-political) component that dominates the discussion, in a manner that is nevertheless sometimes hidden (pp. 117 and 122). She further insists on the need not to develop all this discussion in the abstract, but to go down to particular cases (p. 132), in order to conclude that “the different positions on the issue whether the criminal law should or not intervene in certain fields mirror different ways of understanding the State and its intervention strategies. And, to the extent that such models of intervention always remain within the boundaries of the constitutional framework, the issue is, in the end, one of political options” (p. 133). For a similar approach, specially as regards economic criminal law, see also MARTÍNEZ BUJÁN, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.): *Mutaciones del Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, *passim*.

⁴⁴ BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016, *passim*. SINGELNSTEIN, T. y STOLLE, P., *Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert*, 3rd ed., VS, Heidelberg, 2012, p. 46, have similarly highlighted the way in which conservative moral perspectives have converged with the neoliberal ideology in this same direction.

⁴⁵ We deliberately use the word “individuals” instead of “subjects”, for the latter of these expressions usually carries with it a legal status of which the “individual” is deprived. In any event, throughout the investigation that follows, both concepts will be used as synonyms. This admittedly entails giving up a precise conceptual delimitation. However, in order to make the reading as fluid and unrepentive as possible, the expressions will henceforth be used interchangeably.

disrupted, which originates demands of new forms of State intervention that will help face them. We are thus facing “a worrisome breakthrough of dangerousness-based criminal law”⁴⁶.

As a result of this new approach to the criminal-political question, numerous investigations begin to appear, which, in a more or less critical way, aim to explain the changes that are currently taking place. This is how a debate that began asking about the criminal law’s novel attention to the “powerful classes” is redirected to focus instead on its relation to the social outcast and the dangerous subject⁴⁷. The criticism raised against the original debate thus becomes meaningless, for the object of study that was formerly perceived as a mere accessory now occupies a central place in the discussion. Indeed, it would not be an overstatement to assert that this is the issue concerning the new criminal-political tendencies that nowadays raises the most interest⁴⁸. This is of course a debate

⁴⁶ GARCÍA ARÁN, M., “¿Penas o medidas? Del garantismo a la confusión”, in DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 394.

⁴⁷ For an interesting approach to the issue, see PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 34 ff.

⁴⁸ See, for a general perspective, JORGE BARREIRO, AG., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, *Libertas*, no. 0, 2012, pp. 178 ff.; MARAVER GÓMEZ, M., “Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, no. 31, 2015, passim.; y PÉREZ CEPEDA, A. I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, passim, who in any event highlights the way in which this new conception of the criminal law promotes social exclusion (p. 53). Particularly, about the debate on the so-called “criminal law of the enemy”, see CANCIO MELIÁ, C., “¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, pp. 110 ff. (from a descriptive point of view) and pp. 124 ff. (from a critical perspective) and, concerning its connection to the penal regulation of terrorism, see LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 235 ff. The discussion about this tendency has given rise to an inexhaustible (and sometimes even exhausting) bibliography. Furthermore, as GRECO, L., *Feindstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 11 ff., has pointed out, the debate is nowadays not only extremely vast but also impregnated by an important “emotional load” that regrettably distorts academic controversy. Once again following the Brazilian author, this adds up to the fact that the same discussion is tainted by a lack of conceptual clarity (p. 49). There are at least three ways to understand what we mean when we speak about the criminal law of the enemy and each one of them could deserve a different judgement: criminal law of the enemy as legitimizing concept, as critical concept, or as sheer description (p. 50). In any event, in the cited author’s opinion, none of them is really useful, leaving aside the legitimacy issues that some of them raise (p. 60). On the effective contamination of the paradigm of the “criminal law of the citizen” by the “criminal law of the enemy”, see PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, in PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.): *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, p. 71. The reading of CANCIO

that expands beyond our borders and that, notwithstanding the idiosyncrasies of each particular legal system, is taking place with similar intensity in other countries of our cultural background⁴⁹.

As we said, the evolution of criminal law responses to the dangerousness of culpable individuals very neatly reflects the aforementioned tendency shifts⁵⁰. It is in fact very easy to appreciate how, since the current Spanish Penal Code came into force in 1995 until today, the criminal-legal approach to this issue (which has consisted in an increasingly intense intervention) has dominated the most important reforms of the original text⁵¹. Very briefly put, one could highlight, for instance, the inclusion of the idea

MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Buenos Aires, 2006 (two volumes) is indispensable to delve into this issue.

⁴⁹ Although the bibliography on this point is once again inexhaustible, it would perhaps not be unfair to highlight among others the works of GARLAND, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, University of Chicago Press, Chicago, 2001, and HUSAK, D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, which especially focus on the English and North American background. The former offers a sociological-criminological approach to the issue, and the latter, a rather dogmatic-theoretical or philosophical one. To a great extent, both of them conform the theoretical framework within which the remainder of other investigations have recently developed, by focusing on different particular issues. The greatest achievement of the first work was not so much to identify the changes brought about by the new criminal-political model that was starting to take shape—which in a sense had already been done—but to offer a description of the ensemble of all such elements and their causes (p. 20). The author hence describes the shift from a more traditional and humanitarian criminal law, focused on rehabilitation, to a new model based on a more diffuse and decentralised idea of control (especially, pp. 53 ff. and 167 ff.). According to him, this evolution stems not only from the new ideological-criminological convictions, but from the deep social and economic transformations undergone by the United States and the United Kingdom in the last quarter of the twentieth century (p. 75). On the other hand, the second of the monographs cited, acknowledges the undeniable excess in punishment and criminalisation characteristic of the United States (p. 4), which in the author's view does furthermore not depend on the particular political orientation of the legislature in office (p. 17) and thereupon proposes a series of normative criteria aimed at reducing the proliferation of new criminal offences (pp. 55 ff.). At the same time, he sensibly recognises that excesses of punishment and criminalisation do not hinge solely upon the legislature, for, as he explains, the reading of one country's penal code does not provide enough information to draw a reasonable inference on the number of people serving sentence in its prisons: the role of other penal agents like the police or the prosecution can by no means be underplayed (pp. 19 ff.). It is nevertheless true that some forms of criminalisation are specially prone to abuse (p. 31). In the authors view, such uprising forms of criminalisation are crimes of risk prevention, ancillary offences, and overlapping offences (pp. 36 ff.).

⁵⁰ In Western countries, such evolution is probably due to the United States' criminal-political drive. But it must be borne in mind that, as HARCOURT, B. E., "Neoliberal penalty. A brief genealogy", *Theoretical Criminology*, vol. 14, 2010, p. 75, points out, not all the developments of this tendency stem from that country or even from the Anglo-Saxon background.

⁵¹ On this particular issue, see ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 85 ff. and 218 ff. In this regard, MAQUEDA ABREU, M. L., "La criminalización del espacio público", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 17, 2015, p. 2, seems to be right to claim, though from an admittedly broader perspective, that "[t]he

of “complete serving of sentences” or the aggravating circumstance of multiple recidivism in 2003, of supervised release as a security measure for fully culpable subjects in 2010, and the appearance in the Code of the revisable life imprisonment sentence in 2015. The tightening of penalties, the criminalisation of new offences that move the shield of penal protection further and further forward, and the reduction of prison benefits are furthermore indicative of a shift in the system’s orientation; a shift that we believe has been well summarised by ACALE SÁNCHEZ’s contention that resocialisation is no longer a prisoner’s right, but one of his duties⁵². ROBLES PLANAS expresses this idea in an equally accurate fashion, by claiming that “it can be argued that the rudimentary notion of criminal dangerousness (and the untrustworthy criteria for its individual assessment) has become obsolete as a foundation of penal reactions. The tendency seems rather to be that only the *guarantee of no-dangerousness* is enough to prevent coercive intervention”⁵³.

The aforementioned series of trends no doubt deserves to be analysed in depth from the criminal-political point of view, but this shall not be the perspective adopted here. On the contrary, it is the aim of the present work to study how such trends fit (if they do so at all) within different legal categories (essentially, principles and elements of the general theory of the criminal law). We shall hence not intend to delve into the way in which the criminal justice system has recently been operating, but to verify if what we actually do as a State can be justified from the legal (and, ultimately, moral) point of view. The aim of the pages that follow is thus not to describe, but fundamentally to prescribe; which will nevertheless not prevent us from briefly devoting some explanatory efforts to the sheer depiction of the current state of affairs as it is.

Some might consider this perspective to be flawed from the outset. It could indeed be argued that these are not the “lenses” from which this changing reality should be analysed. In this vein, it might be argued that what it is precisely the foundations and limits of the

twenty first century has intended to make up for the delay that our country had experienced in the design of a security-centred criminal policy. While most Continental European States, following the lead of the USA, celebrated the rise of postmodernity by implementing increasingly repressive laws and practices, Spain stood out for a relative passivity in the war against crime and deviation”.

⁵² ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, p. 25, rightly points out that “it might well be the case that rehabilitation is no longer considered a *sheer right*, but a pure *duty* towards the State that the criminal assumes by committing the offence”.

⁵³ ROBLES PLANAS, R., “*Sexual predators*. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, n.º 4, 2007, p. 15.

system that are changing, so that the issue is not how the current responses to the dangerousness of culpable individuals fit within the traditional conceptions of such foundations and limits, but the way in which these are presently configured⁵⁴. However, such an approach entails, in our view, a first (and unwarranted) surrender. On the one hand, because there still are reasons (in fact, the same reasons that there have always been) to vindicate and fully enforce some of the “old principles” (chiefly those of culpability and proportionality); on the other, because, even if we were to concede that some of those reasons have got “lost in the way”, many of such principles have for better or worse been constitutionalised; a not at all minor issue that must undoubtedly be dealt with.

Although they will not be analysed in depth, various of the criminal-political issues that have been pointed out will anyhow be addressed throughout the investigation. This should not be surprising, in so far as criminal-law principles, theory and policy complement each other in a way that makes it difficult (and counterproductive) to establish a sharp distinction between them⁵⁵. Ones cannot be understood without the others. Principles contribute to ground and limit legal categories that, like principles themselves, stem from the embodiment of a particular criminal policy. In any event, for the sake of a better understanding of the pages that follows, some issues that will arise throughout the work, be it in a latent or express manner, must now be outlined.

To begin with, it is difficult to deny that the strain between prevention and culpability (or, to some extent, between utilitarianism and deontological ethics) has underpinned the criminal law from its very beginning. In fact, it would not be strange to claim that the criminal law (or, more precisely, criminal punishment) is rooted in the emergence of the individual and his (ever increasing) rights⁵⁶. The tensions between a more preventively

⁵⁴ This is what DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Nuevo Foro Penal*, pp. 209 ff., may be trying to point out when he holds that the weight gained by the idea of public safety has led to the “collapse of the traditional analytical framework”; or when this author accepts to hold a discussion in terms of “pragmatic rationality” (not so much focused on questions of principle as on efficacy as regards crime prevention) in order to defend the “Welfarist model of criminal law” (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 31 ff.).

⁵⁵ Since ROXIN’s celebrated work, this can be said to be a practically unanimous position in our context. See, in particular, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2nd ed., MUÑOZ CONDE, F. (Trad.), Hammurabi, Buenos Aires, 2002, passim.

⁵⁶ In this regard, the proposal put forward by ACHTER, V., *Geburt der Strafe*, Vittorio Klosterman, Frankfurt, 1951, according to which the intuitive idea that the institution of punishment originates at

efficient criminal law and one more respectful of individual liberty explain (or at least contribute to the explanation of) the appearance of most of the constitutional and penal principles (both substantive and procedural) that have constricted the administration of punishment until today⁵⁷. Such permanent dialectical strain between the community's interests and individual rights is, as we will see, equally helpful to understand the outbreak of most "modern" legal consequences (for instance, security measures). In this regard, as is so often the case when it comes to criminal law, the scholar's task does not seem to be that of solving one problem after another, but to face the same discussion (in similar or even identical terms) once an again⁵⁸. A somewhat literary, though accurate, way to express this is to say that the scholar much more resembles a Sisyphus that repeatedly carries the same heavy weight along an ever-identical path, than a Ulysses that slowly and progressively goes down the ebb and flow of his journey to an unattainable Ithaca. In a nutshell, against the approach that intends to suggest something like "new problems (the culpable but dangerous individual) require new solutions", we here object that this is not at all a "new problem".

In this regard, it would be reasonable to believe that, *sensu contrario*, if this was an "old problem" we could as well return to the "old solutions" to confront it. This statement could nonetheless also be too daring, for various reasons. To begin with, because "problems" do not exist in a natural sense; on the contrary, redundant as this may sound, we attach the label of "problem" to that what we consider problematic. As a result, what might well be an "old problem" may at the same time not be exactly the same as before, if our views about it have changed to a higher or lesser degree. In other words, even if the

the outset of the law itself is ultimately flawed (p. 9), is well known. In his view (which we on this point share), it would be more accurate to say that, although the concept of "punishment" has been constantly employed throughout different historic contexts, the development of its meaning does not follow a "continuity line" (*Entwicklungsreihe*) (pp. 11 ff.). It was not until the end of the Middle Ages, the moment in time to which the outbreak of the idea of the individual is usually (and wrongly, for this happened later) ascribed, when a conception of punishment similar to the one that we nowadays shared appeared (pp. 13 ff.). This was the point in History when the criminal law's attention shifted from the deed to its perpetrator, hence allowing the expression of some kind of censure (p. 137). From then on, the author of the offence would no longer be regarded as a mere perturbation of the sacred order, which would be magically restored, but as a wicked and responsible being (pp. 137 ff.). We nevertheless believe that one must wait some more in order to be able to properly speak of "punishment" in a sense akin to the one we nowadays confer to this term. See *infra*, Chapter V, section III.

⁵⁷ See SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 5.

⁵⁸ The debate about free will (or, better said, the denial thereof) and the way it affects criminal responsibility is no doubt the paradigmatic example of this "eternal return" in the dogmatic theory of criminal law.

issue is essentially the same, the change of the context where it is settled (of all the circumstances that surround it) does not allow to simply resort to old methods. On the other hand, it would furthermore not seem sensible to understand that the State's provision of social protection (among other services) has not evolved since the emergence of punishment as an institution⁵⁹. Though ultimately reasonable (and easily understandable), it is nevertheless somewhat odd that the concept of "security" has come to occupy a central place precisely at the moment when Western societies enjoy

⁵⁹ What we are faced with here is a very thorny issue indeed. It is probably not desirable to speak of a "fundamental right to security". From a theoretical perspective, this would entail, as HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 67 has contended, a very disturbing alteration of the criminal justice system. The State would then be (specially) obliged—as had in fact been proposed by the first contractualist political theorists—to provide a basic security level that allows one not to fear for his life and his most important goods in ordinary life, which would imply restricting other fundamental rights. PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, p. 52, points in the same direction, when he claims that "the construction of the 'right to security', as an autonomous value, totally contradicts the classic guarantee-function of fundamental rights, for, the more a fundamental right to security grows, the more restricted will the classic right to liberty become". In this regard, MARTÍNEZ GARAY, L., "¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal", in VIVES ANTÓN, T. S., CUERDA ARNAU, M. L. y GÓRRIZ ROYO, E. (Eds.): *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 274 ff., is also very clear when she argues that the role of fundamental rights in the criminal-legal context is undergoing an evolution that displaces them from their original position as guarantees against the State to a position of conflict between the fundamental rights of the accused and the ones of his actual or potential victims. All this leads to a "total change of perspective on the problem concerning the foundations and limits of the State's right to punish (*ius puniendi*)": the expansion of penal intervention is no longer conceived as an *option* but as someone's *right* (p. 285). A very similar concern is put forward by VON HIRSCH, A., "La prolongación de penas para los delincuentes peligrosos", in CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.): *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 194 ff. In the framework of this debate, an indispensable place is occupied by TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C's paper, "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencial del TEDH", *Indret*, n.º 3, 2016, passim, where she analyses the growing and worrisome tendency of the ECHR to recognise more and more penal positive obligations of the State towards its citizens (*qua* actual or potential victims of crime). Such obligations crystallise in duties to criminalise (pp. 12 ff.), to investigate (pp. 15 ss.), to facilitate proceedings by avoiding hindrances of an apparently formal nature (pp. 17 ss.), to sufficiently punish (pp. 22 ff.), and to execute sentences (pp. 25 ff.). Although it is true that not all such obligations entail, in principle, the parallel recognition of a fundamental right to the victim (p. 27), it must be borne in mind that "the expansive potential that dwells in the very concept of the duty to protect has been pushing its field of operation into contexts very different from those originally demarcated" (p. 48). In any event, the author concludes that "the logic of fundamental rights at the constitutional level (as regards the criminal law more than any other field) consists in providing the individual a shield against potential abuses of the majority. To attribute to the latter (understood as society) rights of protection against the minority of dangerous individuals and to transform its guaranty into a State duty whose fulfilment can be controlled by the ECHR does not fit the EConv.HR, nor the declaration of rights that it contains" (p. 59). A more ambitious conception of the "right to security" is nevertheless sometimes rejected (in our view, on good grounds) from a liberal perspective, losing sight of the fact that to conceive it as a right admittedly has the advantage of turning it into something that any citizen can demand. To deny its nature of right and to "degrade" it to a mere "legitimate interest" leads to the untenable situation that security is only available for those who can pay it.

unprecedentedly high living standards⁶⁰. Plus, the appearance of technical and scientific innovations opens the door to new forms of intervention that, until now, could only be imagined⁶¹. This is why the balancing of liberty and security gives rise to new issues that may require in-depth analysis and not a mere resort to potentially outdated formulae.

Against this background, efficiency in risk-control emerges as a central goal of criminal policy. However, as has very accurately been pointed out, such efficiency is by no means a technical parameter; on the contrary, it conceals a value judgement⁶². This idea consequently deserves critical scrutiny, a task that will be repeatedly undertaken throughout this investigation⁶³. In the strive for efficiency, the prevention of crime is pursued through formerly marginal or outright novel strategies. As ZEDNER has argued, such preventive state intervention hence becomes much more oriented to proactive techniques (before the offence) than to reactive ones (of which criminal punishment constitutes perhaps the most paradigmatic example)⁶⁴. In this regard, INNES has similarly pointed out that “it is the development of forms of proactive social controls and their application in relation to a range of social problems, that has been one of the most important features of the development of the late-modern social control apparatus”⁶⁵. According to MAPELLI CAFFARENA, the current penological model’s preference for control over reaction leads to a slow but progressive decrease in the use of imprisonment, which becomes partially substituted by “more effective” measures when it comes to

⁶⁰ KERTAI, B., *Sicherheit, Risiko und Opferschutz*, Peter Lang, Frankfurt, 2014, p. 122.

⁶¹ This is not at all surprising if we additionally understand, with SINGELNSTEIN, T. y STOLLE, P., *Die Sicherheitsgesellschaft*, that the current development of social control is connected to a deeper process of social transformation (p. 14), that the means and ends of such process are not static, but conditioned by sociocultural, economic and political reasons (p. 17), and that some of the traditional control-exerting institutions, like family or the Church, have lost their once hegemonic role (pp. 31 ff.). In this context, the need for new ways of social control clearly manifests itself, and scientific and technological development is also oriented to satisfy such demands.

⁶² BRANDARIZ GARCÍA, J. A., “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, *InDret*, n.º 2, 2014, pp. 17 ff.

⁶³ See specially Chapter II, sections II, III and IV.

⁶⁴ ZEDNER, L., *Security*, Routledge, Cornwall, 2009, pp. 73 ff. Similarly, PÉREZ CEPEDA, A. I., *La seguridad como fundamento*, p. 22. On the same distinction, see also MEIER, B. D., *Strafrechtliche Sanktionen*, 3ª ed., Springer, Berlín, 2009, p. 2.

⁶⁵ INNES, M., *Understanding Social Control: Deviance, Crime and Social Order*, Open University Press, Glasgow, 2003, p. 7.

controlling risks⁶⁶. It nevertheless seems that this predilection for proactive techniques is neutrally presented as preferable, for why wait for the perpetration of the offence? As the popular saying goes, “better safe than sorry”. But HART offered the answer to this question decades ago: compared to other forms of social control, punishment, precisely by waiting until the last moment, maximizes individual liberty⁶⁷. This might of course not be the most efficient alternative from the preventive point of view, but this is not all that matters, which is why any reasonable solution will at the same time not be the preventively most efficient one. No matter how little the other side weighs, after some thoughtful balancing the scales will always tip in favour of curtailing preventive needs.

This allows us to bring to light something that tends to be too easily forgotten, but which will constitute one of the fundamental tenets of this investigation. Sometimes, and in more than one sense (social and individual), the imposition of punishment will not be the worst that a State can do to someone under its power. To give up punishment and fill the gap it leaves with other institutions will not always entail a gain in terms of liberties, be they individual or collective. KAISER is right to point out that the State can decide how to manage a conflict, but not whether to manage it or not⁶⁸. To redirect this difficult dilemma to an automatic preference for anything that does not constitute punishment is not only rash but also potentially very problematic in terms of liberties. It is precisely due to the aforementioned appearance of new intervention techniques that we now need to be specially cautious when it comes to making a choice between these alternatives.

Departing from these brief preliminary remarks on the criminal-political background of the questions, some of the issues raised throughout the investigation may seem less surprising, and will no doubt be more comprehensible. The structure of the present work

⁶⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., “Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control”, in DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. Y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 428 and 435.

⁶⁷ HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1^a ed., Oxford University Press, Oxford, 1968, p. 23. A similar contention is put forward by GÄRDITZ, K. F., *Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?*, Schoeningh Ferdinand, Múnich, 2015, p. 34, who claims that this is one of the most salient features of liberal legal systems; systems which, in turn, consciously assume greater risks.

⁶⁸ KAISER, G., *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle: Legitimation, Wirklichkeit und Alternativen*, Athenäum, Frankfurt, 1972, p. 1.

is simple and harmonic, notwithstanding a certain disproportion in the length of the chapters that compose it. The investigation is structured in three parts, each of them divided into two chapters. Each part addresses one of the three central elements that make up our object of study: the criminal law responses to the dangerousness of culpable individuals. Indeed, and contrary to the order of the words that define the object of this investigation, the first part will be devoted to the problematic associated with criminal dangerousness, the second one will study the issues related to culpability that are relevant for our enquiry, and the third (and last one) will focus on the most prototypical instrument through which our legal system confronts criminal dangerousness: security measures.

The first chapter of each of these three parts will be eminently descriptive in nature, whereas the second one's aim will be predominantly critical. Hence, the first part will begin by defining what is generally meant by criminal dangerousness, how this is assessed, and the legal effects associated to it (Chapter I). We will then go on to question whether such concept is adequately constructed, pointing out some of its deficiencies and presenting the lines along with which this category should be shaped, if it is to be legitimately employed (Chapter II). Concerning the second part of the investigation, the first chapter will delve into the way in which we inevitably attribute criminal responsibility, particularly by analysing the conditions that need to be met in order to consider a subject culpable (Chapter III). The second chapter will critically address some aspects of this issue that tend to be taken for granted and cast doubt upon the possibility of deeming a subject culpable and dangerous at the same time (Chapter IV). As regards the third part—the one related to legal consequences—the first chapter will be devoted to the explanation of the context in which security measures emerged, thereby untangling some misunderstandings that have been framing the discussion about them for decades (Chapter V). The next chapter (Chapter VI) will on the other hand confront the problematic issue of the nature and foundations of security measures, in order to examine the possibility of distinguishing them from criminal penalties, and to determine the limiting principles by which they must, in any event, abide. We finally present some brief conclusions in which we list some of the most important ideas that vertebrate this investigation, all of them based on the arguments deployed throughout it.

The present investigation is thus articulated around one basic goal: to try to determine how our constitutional and theoretical framework allows us to react to the danger that an

individual, being culpable, constitutes for others. We can already anticipate what our conclusion: that the allegedly new solutions to the old problem are not that new nor, in fact, are they solutions at all, but the incarnation of the same regressive force that has haunted liberal criminal punishment since its very origin. Indeed, against the background of an increasingly humanised and restricted punitive apparatus, there were always voices that demanded that everything that had been given up by punishment be managed through other measures. The question, as crucial now as it was back then, is whether it is reasonable to restrict with the left hand precisely what the right hand is expanding.

One additional remark must finally be made. In the first pages of the monograph that resulted from his doctoral thesis, SANCINETTI classified investigations in a way that we find very appropriate for our purposes. The Argentinian author argued that a doctoral thesis could have either vertical or an horizontal nature⁶⁹. The first kind of thesis have a rather concrete and well-defined object of study and intend to delve into it as deeply as possible. On the contrary, a thesis of the second kind aims to outline a more or less complex panorama and to articulate in a coherent fashion the connections between the elements that compose that landscape as a whole. The present work much more resembles an “horizontal” than a “vertical” investigation, for it would be absolutely unattainable to carry out an in-depth analysis of all the issues that will be touched upon throughout it. A direct (and not at all minor) outcome of this is that the bibliography that addresses the problems that constitute the object of this investigation is literally incommensurable. For this reason, we must apologise in advance for the works of those authors that might, in a more or less justified way, have been omitted. Precisely now that we have become aware of the effort and sacrifice that developing an academic investigation in the best possible way possible entails, we deem such apology to be completely indispensable.

Along with this necessary apology, one final remark is due. Years ago, in his contribution to the commemorative volume for Professor CEREZO MIR, VIVES ANTÓN began his work (in which he addressed, in fact, issues related to the principle of culpability) as follows: “[a]lthough it is unnecessary to say it, I would not waste the time to write it [the contribution] were it not for the fact that I am going to try to go a bit further than what

⁶⁹ SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al desvalor de acción*, 2nd reprint, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 13.

CEREZO and many others have said about the principle of culpability, including, of course, what I myself have claimed about it. I ignore whether such aim—to say something only relatively new—excuses me for employing a bibliography that, as of today, I could not possibly cover for the simple reason that I lack the time for it. In any event, I personally believe that the arguments I am going to deploy will be valuable because of their intrinsic power of rational persuasion, even if the bibliographic insufficiencies might lessen their ability to convince”⁷⁰. The author of this investigation is not VIVES ANTÓN and obviously lacks his knowledge, formation and authority. However, this (as well as the inevitable bibliographic gaps) does not in itself affect the “power of rational persuasion” of what will be contended in the following pages, but only its “ability to convince”. And we humbly believe that the latter, unlike the former, is only for the reader to judge.

⁷⁰ VIVES ANTÓN, T. S., “El principio de culpabilidad”, in Díez RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERA, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 212.

CAPÍTULO I: Peligrosidad y Derecho penal. Estado de la cuestión

I. Introducción

Es habitual que un capítulo dedicado a cuestiones de carácter conceptual despierte, consciente o inconscientemente, una cierta desidia o pereza mental en autor y lector. Sin embargo, el motivo de su elaboración e inclusión en este trabajo no responde a la pretensión de adoptar una estructura expositiva “tradicional”. Tampoco obedece su desarrollo a un afán de análisis omnicomprendido del objeto de estudio que se presenta, ambición a la que aquí se renuncia. Su exposición es fruto, más bien, de la firme convicción de que es en este punto donde se produce una primera gran confusión. Una confusión que no tiene meramente consecuencias conceptuales, académicas o estéticas, sino que afecta a uno de los aspectos de mayor trascendencia del Derecho penal: la distribución de cargas entre el “delincuente” (individuo) y el Estado (sociedad).

A lo largo de este y el posterior capítulo trataremos de demostrar que ya en un mero plano conceptual existen motivos para restringir el alcance jurídico que se atribuye actualmente al concepto “peligrosidad”. Ello porque cuanto más amplio sea el concepto manejado, y dado que es un concepto que pretende tener implicaciones jurídicas, más cargas se harán recaer sobre el infractor de la norma (y estas no siempre estarán justificadas). De lo que no se puede dudar es, en todo caso y como veremos, de la enorme relevancia que la peligrosidad ha cobrado en el actual Derecho penal occidental.

Sobre el concepto de “peligrosidad criminal” se han dicho muchas cosas. Para empezar, se ha dicho que en una primera aproximación parecería que un concepto tan sencillo solo puede ser objeto de controversia en el mundo académico⁷¹. Por otra parte, se ha mantenido que lo “elástico” y subjetivo de este concepto permite que pueda aplicarse a una amplia variedad de actos diferentes⁷². Se ha señalado también, por ejemplo, que el mismo rápidamente despierta el interés del jurista⁷³. Se ha apuntado, igualmente, que pese a su constante invocación en el ámbito político criminal carece del debido desarrollo

⁷¹ Así, MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, Jason Aronson Inc., Londres, reedición de 1995 (publicación original: 1981), p. 3.

⁷² En tal sentido, FIGGIS, H. y SIMPSON, R., *Dangerous Offender Legislation: An Overview. Briefing Paper n.º 14/97*, NSW Parliamentary Library Research Service, 1997, p. 9.

⁷³ Así lo indica ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 13.

dogmático⁷⁴. Sin que esto último sea óbice para que resulte algo “vital e imprescindible para el moderno Derecho penal”⁷⁵. Se incide, adicionalmente, en la tesis de su inidoneidad para el ámbito jurídico-penal (en beneficio del concepto de “riesgo”)⁷⁶. Pero quizá la idea más importante en este ámbito sea la muy citada reflexión de EXNER: “el concepto de peligrosidad es un concepto peligroso”⁷⁷. Concepto que podría desembocar en lo que algún autor ha denominado, no sin cierta sorna, “peligrosidad judicial”⁷⁸. Y es que, en definitiva, y como ha dicho FRISCH, con carácter más general, el concepto “peligro” es uno de los conceptos menos claros y más ambiguos de la dogmática jurídica⁷⁹.

La mayor parte de estas afirmaciones coinciden en la extrema cautela con la que se debe abordar dicho concepto. Sin embargo, su respectivo alcance es muy distinto. Muchas de ellas son incontrovertibles (en verdad es la peligrosidad un concepto peligroso y se encuentra poco desarrollado desde una perspectiva dogmática). Otras, en cambio, merecen al menos una breve reflexión crítica que se desarrollará a lo largo de las páginas siguientes. En ellas se tratará de establecer en qué concretas parcelas del ordenamiento penal la peligrosidad criminal de un sujeto es un factor relevante a tener en cuenta, se desarrollarán las ideas generalmente compartidas sobre el concepto en cuestión y se señalarán cuáles son los métodos preferentemente utilizados para su predicción (o evaluación). En el próximo capítulo se adoptará una perspectiva de marcado carácter

⁷⁴ Vid., como ejemplos, DRENKHAN, K., “Was ist Gefährlichkeit?— Über eine vielbeschworene Eigenschaft von Straftätern”, en BRÜNHOB, B. (Ed.): *Strafrecht im Präventionsstaat*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2014, p. 154; y ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, p. 13.

⁷⁵ LEAL MEDINA, J., “El concepto de peligrosidad en el Derecho penal español. Proyección legal y alcance jurisprudencial. Perspectivas actuales y de futuro”, *Diario La Ley*, n.º 7.643, 2011, p. 1. Ello, en su opinión, porque la nueva realidad social evidencia “la necesidad de modificar el sistema de principios y valores jurídico-penales, impulsando en el nuevo marco penal, la aplicación decidida de instrumentos y elementos flexibles, abiertos y menos rígidos como es el principio de peligrosidad”.

⁷⁶ Vid., sobre esta polémica, MARTÍNEZ GARAY, L., “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, *Indret*, n.º 2, 2014, pp. 7 y ss.

⁷⁷ EXNER, F., *Die Theorie der Sicherungsmittel*, J. Guttentag, Berlín, 1914, p. 59.

⁷⁸ Así lo apunta sutilmente en el propio título de uno de sus trabajos DEI VECCHI, D., “La peligrosidad judicial: sobre la justificación de la premisa fáctica de la prisión preventiva en la decisión judicial y algunas críticas no tan frecuentes”, *La Ley Penal*, n.º 115, 2015, pp. 1-19.

⁷⁹ FRISCH, W., *Prognoseentscheidungen im Strafrecht. Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen*, Decker, Heidelberg, 1983, p. 7.

crítico sobre los postulados generalmente asumidos en lo que a la peligrosidad criminal se refiere.

II. A qué efectos es relevante la peligrosidad criminal

Con una u otra denominación, nuestra legislación penal hace referencia de forma reiterada a la peligrosidad criminal. Sobre cuál es el denominador común de todas estas manifestaciones nos pronunciaremos más adelante⁸⁰. El objetivo, por ahora, es únicamente ilustrar de qué manera nuestro ordenamiento acoge referencias más o menos expresas a la peligrosidad criminal.

Ya sea en sede de determinación de la pena, en la ejecución de esta, o incluso en la tipificación de delitos autónomos, el concepto de peligrosidad criminal se encuentra presente en numerosos lugares. Así, la “peligrosidad criminal” se menciona expresamente como “fundamento” y límite de las medidas de seguridad (art. 6 CP) y su ausencia como motivo para decretar el cese de la misma (art. 97 CP).

La “escasa peligrosidad”, por su parte, se contempla como requisito para conceder la progresión a tercer grado “por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios” (art. 36 CP). El mismo concepto de “escasa peligrosidad” se ha de computar también como elemento a tener en cuenta de cara a la concesión de la libertad condicional a mayores de setenta años y enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 91 CP). La “peligrosidad” (a secas) será algo que deba comunicarse al Juez de ejecución o al Ministerio Fiscal cuando concurra en quien tenga la pena sustituida (art. 83 CP) y será también algo que, por su aparición sobrevenida, pueda justificar la revocación de la libertad condicional (arts. 90 y 92 CP). La “menor peligrosidad”, cuando se den además otros requisitos, se tendrá en cuenta para acordar, frente al régimen general, la no imposición de la medida de libertad vigilada por delitos contra la libertad e indemnidad sexual o por delitos de terrorismo (arts. 192 y 579 bis CP).

Se valorará el “peligro” que el delincuente represente para la imposición de determinadas penas accesorias (art. 57 CP). El “peligro de que vuelva a cometer el mismo delito” cuando concurra en quien cometió un delito abusando de determinados derechos,

⁸⁰ Vid. infra, epígrafe III de este mismo Capítulo.

profesiones, oficios, etc. será la base para inhabilitar para el ejercicio de estos (art. 107 CP). La existencia de un “peligro relevante de reiteración delictiva” (relativa a delitos particularmente graves) permitirá al Juez o Tribunal acordar la toma de muestras biológicas y su inscripción en bases de datos policiales (art. 129 bis CP).

Se hace referencia a un “pronóstico” favorable de reinserción social para conceder el tercer grado a condenados a cadena perpetua (art. 36 CP), para excluir a un recluso de la excepción del art. 78 CP en materia del plazo sobre el que aplicar beneficios penitenciarios y para acordar la suspensión de la pena de prisión permanente revisable (art. 92 CP). También puede ser un elemento relevante a la hora de acortar o revocar una medida de seguridad de libertad vigilada (art. 106 CP). El “pronóstico” de comportamiento delictivo, por su parte, constituye un requisito para la imposición de medidas de seguridad (art. 95 CP) y supone un elemento a considerar para las propuestas anuales de mantenimiento, modificación o cese de las medidas de seguridad pre- y postpenitenciarias (art. 98 CP)

Todo lo que se acaba de indicar son menciones expresas a la peligrosidad del sujeto y no se encontrarían incluidas aquellas otras parcelas del ordenamiento donde la peligrosidad de un individuo puede ser el fundamento tácito o inherente de alguna institución (como la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad, la determinación concreta de la pena, o, muy señaladamente, el tratamiento jurídico penitenciario). Lo que evidencian, en todo caso, los necesariamente densos párrafos anteriores es que, por un lado, existe una absoluta heterogeneidad terminológica para lo que, en esencia, es un mismo concepto y, por otro lado, que las menciones a la peligrosidad de un sujeto se encuentran repartidas por todo el Código penal.

En las siguientes páginas trataremos de precisar de forma somera cómo afecta la constatación de la peligrosidad criminal (insistimos, con una u otra manifestación formal) al tratamiento que se impondrá a quien haya delinquido. Para ello examinaremos brevemente algunas de sus manifestaciones más conocidas. No se pretende aquí analizar de forma completa todas y cada una de las facetas de la peligrosidad criminal en nuestro ordenamiento penal, pero sí al menos nombrar algunas de las más importantes⁸¹. Nos

⁸¹ No se hará mención tampoco a la cuestión de si la tipificación de determinadas figuras delictivas podría responder, de un modo u otro, a la idea de la peligrosidad criminal del autor. En esta línea ha apuntado ALONSO RIMO, A., “¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos?

detendremos, entonces, en ciertas disposiciones que a este respecto cuentan con una cierta pretensión de generalidad.

1. La regulación española de la materia

1.1. Multitud de usos

Como se ha puesto de relieve, la peligrosidad criminal afecta de muchas y muy distintas maneras a nuestro ordenamiento penal⁸². La existencia de dicha peligrosidad, esencialmente, puede dar lugar a consecuencias jurídicas específicas (medidas de seguridad, prisión provisional, toma de muestras biológicas, etc.) o a modificar el contenido de estas (progresiones de grado, suspensiones de pena, etc.). A continuación, analizaremos algunas de las manifestaciones más conocidas y estudiadas de esta construcción jurídica para esbozar un sencillo mapa que sirva de punto de partida al estudio que aquí se presenta. Las instituciones que se abordarán brevemente en las próximas páginas no serán objeto de un estudio ni mucho menos exhaustivo, sino que se prestará atención únicamente a los puntos en los que un pronóstico de peligrosidad puede afectarlas en uno u otro sentido.

1.2. Medidas de seguridad

Es sobradamente conocido que el ámbito paradigmático de aplicación de pronósticos de peligrosidad en ordenamientos penales continentales lo constituye el de las medidas de seguridad para sujetos inimputables⁸³. De hecho, la institución misma de las medidas de

Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, p. 481, que en nuestro derecho positivo la sanción de un buen número de delitos que castigan lo que materialmente no son más que actos preparatorios constituye, en definitiva, una medida de seguridad predelictual. En este sentido, profundiza el autor citado, “se está reaccionando ante un hecho futuro y tratando de neutralizar con ello la peligrosidad del autor, por mucho que se utilice como coartada la realización de un hecho externo, que (...) o bien no es nada ofensivo o que, si lo es, contiene de cualquier modo mucha menos ofensividad de la que podría justificar la pena que tiene asignada” (p. 482). Se trataría, en definitiva, de que la tipificación en la parte especial de nuestro Código penal de varios delitos (que materialmente constituyen actos preparatorios de otros delitos) da lugar a figuras delictivas que “se fundamentan en la peligrosidad del autor (y no en el hecho cometido)” (p. 485). En un sentido similar, ha sostenido JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 44, en relación con el castigo de determinados actos preparatorios que “[m]aterialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina ‘pena’”.

⁸² Vid., entre otros muchos, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Nuevo Foro Penal*, p. 234.

⁸³ Desde luego, en la actualidad el debate más vivo no se refiere a la imposición de medidas de seguridad a sujetos inimputables, sino a sujetos plenamente responsables. No obstante, esta discusión será objeto de consideraciones pormenorizadas más adelante (vid. infra, Capítulos IV, V y VI). Baste

seguridad surge precisamente para dar cabida a este tipo de consideraciones en el ámbito penal sin desvirtuar, en principio, la naturaleza y finalidad de la pena y garantizar, a la vez, unas prestaciones de seguridad a las que el Estado se encuentra obligado. Se dice, simplificando algo la realidad, aquello de que mientras la pena (retribución) mira al pasado, la medida de seguridad (prevención especial) se orienta al futuro. Por ello cobra tanta importancia el pronóstico de peligrosidad en este punto: es el medio de “conocer” el futuro al que hay que orientarse⁸⁴.

Así, uno de los presupuestos de la imposición de las medidas, puede que el más importante y discutido, lo constituye precisamente la constatación de la peligrosidad del sujeto y, por ello mismo, que esta peligrosidad siga existiendo supone también una exigencia de cara a su mantenimiento (arts. 6 y 97 CP). Lo que no legitima la peligrosidad criminal en nuestro Código penal es, como resulta bien sabido, que la duración de la medida de seguridad destinada a sujetos inimputables o semiimputables dependa exclusivamente de aquella. De forma que “la pena abstractamente aplicable al hecho cometido” actúa como barrera temporal infranqueable. El establecimiento de un límite temporal de esta naturaleza puede ser una forma razonable de reducir la gravedad de una restricción de derechos en atención a meros pronósticos cuya fiabilidad es más que cuestionable⁸⁵. Si los pronósticos fallan, no parece especialmente fundamentado vincular exclusivamente a ellos la duración de las medidas de seguridad⁸⁶.

Este límite, sin embargo, ha sido fuertemente criticado por buena parte de la doctrina española. Así, se ha señalado que dicha limitación lleva ínsita “la asimilación, la confusión y el solapamiento entre las medidas de seguridad y la pena, desconociendo las diferencias elementales que existen entre ambas consecuencias jurídico-penales del

indicar, por el momento, que se trata de una discusión más enrevesada de lo que, en ocasiones, puede parecer y que las diferenciaciones no pueden establecerse de forma tan tajante como quizás sería deseable.

⁸⁴ Esta delimitación entre instituciones, sin embargo, dista mucho de ser perfecta. En todo caso, sobre esta cuestión se profundizará debidamente más adelante (vid. infra, Capítulos V y VI).

⁸⁵ En tal sentido, MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, p. 57.

⁸⁶ Conviene recordar en este punto lo señalado en su día por MAURACH, R. y ZIPF, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband I*, 8ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 91. Si bien es cierto que, en principio, el ámbito de determinación de la medida de seguridad es, en el plano dogmático, menos complejo que el de la determinación judicial de la pena, lo cierto es que en su manejo práctico resulta este más complicado precisamente en atención al papel central que desempeña la idea de “pronóstico”.

delito”⁸⁷. Sin embargo, si bien es cierto que, en principio, mientras que la proporcionalidad de la pena se debe mantener en relación con la culpabilidad y la de la medida de seguridad se ha de guardar con la peligrosidad del sujeto, la verdad es que tal relación de proporcionalidad no se encuentra libre de crítica. Desde la generalizada perspectiva del “interés preponderante” en lo que a la justificación de las medidas de seguridad se refiere (que como explicación de su imposición debe inspirar también su duración) resulta difícil efectuar la ponderación entre el daño a la sociedad y el daño que supone la medida a un sujeto concreto. Y ello porque “adoptar esta perspectiva para la fundamentación de las medidas de seguridad implica que tiene que ser posible, de alguna forma racional, comparar el daño —actual y perfectamente cuantificable— que sufren los bienes jurídicos del sujeto con la imposición de la medida de seguridad, con el daño —eventual e indeterminado— que sufriría la sociedad con los delitos que el sujeto cometerá, probablemente, en el futuro. Pero, ¿realmente es posible hacer esa comparación cuando el segundo término de la misma es imposible de determinar de forma mínimamente fiable?”⁸⁸. Dicho de otra forma, si apenas tenemos seguridad acerca de la peligrosidad del sujeto que fundamenta la medida, ¿de qué modo va a ser este tan borroso límite el que acote su duración?

En todo caso, frente a la regulación con la que contamos en la actualidad, se ha defendido por parte de un sector relevante de la doctrina que lo más adecuado sería, pese a todo, imponer límites máximos precisos que, aunque no tuvieran necesariamente que coincidir

⁸⁷ JORGE BARREIRO, AG., *Libertas*, p. 153.

⁸⁸ MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, pp. 53 y ss. (de manera parecida lo ha sostenido también en MARTÍNEZ GARAY, L., “*Minority Report: pre-crímen y pre-castigo, prevención y predicción*”, en VIVES ANTÓN, T. S., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M., (Dir.): *Crímenes y castigos: Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 601). De forma próxima se pronuncia también SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “Deconstruyendo las medidas de seguridad”, *InDret*, n.º 2, 2010, pp. 12 y ss. En términos similares se ha manifestado STRENG, F., “Das Legitimations-Dilemma sichernden Freiheitsentzugs — Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung“, DÖLLING, D. (Ed.): *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 621 y ss., al sostener que la capacidad de rendimiento de la justificación de las medidas de seguridad se debe vincular directamente a la seguridad de la determinación de la peligrosidad criminal. En este sentido, la mera sospecha de tal peligrosidad aquí haría que la finalidad de la medida fuera la mera lucha frente a los miedos (*Angstbekämpfung*), lo que no se dejaría justificar fácilmente. De forma parecida, vid. también DESSECKER, A., *Gefährlichkeit und Verhältnismässigkeit: Eine Untersuchung zum Massregelrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2004, p. 18. Conviene tener presente, entonces, como recuerda BALTZER, U., *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters*, Kriminologische Zentralstelle, Wiesbaden, 2005, p. 220, que las dificultades de los pronósticos no afectan solo a la decisión acerca del sí o no de la medida, sino también a su efectiva duración y a la determinación de su cese.

con la pena, pudieran restringir de manera razonable el internamiento sin vincularlo de forma incondicionada al tratamiento exitoso del sujeto; vetándose, de tal modo, una reclusión *sine die* cuya regulación en el ámbito penal se encontraría poco justificada, pero desvinculando la extensión de la medida de la duración de la pena que se podría haber impuesto. Existe un nutrido y cualificado conjunto de autores partidarios de esta última opción, aunque con muy importantes matices entre ellos⁸⁹.

En definitiva, la peligrosidad criminal emerge aquí como el elemento que determina el sí (o no) de la medida de seguridad y el cómo de esta (cualitativamente, en cuanto orienta en algún grado la elección del tipo de medida; y cuantitativamente, en tanto en cuanto condiciona su extensión). No nos detendremos por el momento más en la cuestión de la relación entre peligrosidad y medida de seguridad, dado que será objeto de un análisis mucho más pormenorizado más adelante⁹⁰. Entonces se analizarán los presupuestos, fundamentos, límites y orígenes de las medidas de seguridad, remarcando especialmente lo difícil que resulta una correcta delimitación entre estas y las penas, en particular cuando ambas se dirigen a sujetos plenamente imputables. El único objetivo de este sub-epígrafe ha sido adelantar la estrecha vinculación existente entre peligrosidad y medidas de seguridad.

1.3. Suspensión de la pena

Sin duda, la determinación de la peligrosidad criminal de un sujeto es especialmente relevante en facetas de exacerbación punitiva, pero no es este su único campo de juego. Además de en este ámbito, “si en alguna figura penal tiene relevancia la valoración de la probabilidad de comisión de futuras conductas delictivas, es en los llamados beneficios penológicos o alternativas a la pena de prisión, cuya finalidad es precisamente evitar el

⁸⁹ Vid., entre otros, CEREZO MIR, J., “Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, n.º 3, 1996, p. 9; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 44 y ss.; JORGE BARREIRO, AG., “Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 159 y ss.; SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 126 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Nuevo Foro Penal*, p. 235; SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista Penal*, n.º 17, 2006, pp. 147 y ss.; FRISCH, W., “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, *InDret*, n.º 3, 2007, p. 35; o URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada, 2009, p. 51.

⁹⁰ Vid. infra, Capítulos V y VI.

ingreso en prisión de sujetos que no presentan riesgo de cometer nuevos delitos”⁹¹. De este modo se puede apreciar que la peligrosidad criminal, en ocasiones, es empleada como criterio “agravante” y, otras veces, su ausencia desempeña una función “atenuante”⁹². Nos detendremos ahora en otros sectores de nuestro ordenamiento en buena medida emparentados con este, como el de los beneficios penitenciarios, en los que este pronóstico de peligrosidad ejerce también un papel claramente esencial. Nos limitaremos, por el contrario, a realizar un breve comentario en relación con las posibilidades de suspensión de la pena.

Esta institución, como es de sobra conocido, responde al propósito de superar (o paliar) los diferentes inconvenientes que el cumplimiento de penas cortas de prisión puede comportar⁹³. La reforma de nuestro Código penal operada por la LO 1/2015 modificó profundamente la regulación de la suspensión de la pena⁹⁴. Como parte de la reforma,

⁹¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Suspensión de la pena y valoración de peligrosidad criminal”, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 445.

⁹² Sin embargo, y como veremos luego (vid. infra, nota 124), resulta discutible que esta delimitación, más allá de la fuerza expresiva o didáctica que contenga, sea en verdad correcta. Cuando un factor es tomado en consideración para producir determinados efectos es evidente que su ausencia comportará también que estos efectos no tengan lugar. De tal modo que decir que una característica agrava un tratamiento penológico o que su ausencia lo atenúa depende *esencialmente* de la perspectiva que asuma el espectador. No obstante, adoptar una u otra perspectiva no siempre resulta completamente inocuo. Al fin y al cabo, cuando el legislador opta por reconocer alguna clase de efectos a la ausencia o concurrencia de un factor, parece demandar que, lógicamente, para la aplicación de dicho efecto se acredite también expresamente su ausencia o concurrencia. De este modo, y *sensu contrario*, determina un concreto tratamiento para la “situación estándar” en la que no se puede acreditar ni una cosa ni la otra. Dicho claramente: si un factor agrava la situación de un sujeto y este no se puede probar, la situación no se verá agravada. Si, por el contrario, es la ausencia de dicho factor lo que evita tal tratamiento (“agravado”), la “carga de la prueba” parece verse desplazada y de no acreditarse nada se procederá al régimen “ordinario-agravado”. Con todo, la situación resulta en extremo compleja, pues tampoco es del todo cierto que de la técnica legislativa adoptada por una norma se desprendan, sin más, efectos a la hora de determinar la carga de la prueba de un hecho (o del estándar probatorio al que debiera someterse). Profundizar en este último debate nos llevaría demasiado lejos, por lo que nos conformamos con dejarlo apuntado.

⁹³ CARDENAL MONTRAVETA, S., “Función de la pena y suspensión de su ejecución: ¿Ya no ‘se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto’?”, *Indret*, n.º 4, 2015, p. 1. El autor, pese a ello, matiza acertadamente que “una cosa es reconocer que a menudo las penas cortas privativas de libertad no son adecuadas para satisfacer la función del Derecho penal, y otra cosa distinta es afirmar que esa clase de penas —o su ejecución— nunca resulta adecuada para ello”. Sobre los orígenes de la institución de la suspensión de la pena, vid. ABEL SOUTO, M., *La suspensión de la ejecución de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 27 y ss.

⁹⁴ En opinión de ROIG TORRES, M., “Valoración de la peligrosidad en la suspensión de la pena y en la libertad condicional: influencia del Derecho alemán”, en ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M. (Dirs.): *Peligrosidad Criminal y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 120, “en la nueva redacción de este precepto se advierte una clara influencia del ordenamiento

aunque seguramente no fuera este el extremo de mayor relevancia, se alteró el tenor literal del art. 80 CP que establecía que para la decisión de suspender la pena “se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”⁹⁵. En su formulación actual el precepto no señala eso, sino que se podrá acordar la suspensión “cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”⁹⁶.

Sin embargo, la única modificación en este ámbito no ha sido esa, sino que ahora, además, se expresan en la propia ley los criterios que tendrán que ser tomados en consideración a la hora de efectuar tal pronóstico de peligrosidad. Así, en la regulación actual, se indica que se deberán valorar “las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas” (art. 80.1 CP). De este modo, se precisa en buena medida el contenido que tendrá la valoración de la peligrosidad criminal frente a la anterior formulación⁹⁷. En todo caso, aunque lógicamente no es exigible (y seguramente

alemán. En concreto, la suspensión de la pena de prisión temporal se regula en el §56 StGB”. Señala también estas similitudes CARDENAL MONTRAVETA, S., *InDret*, p. 22.

⁹⁵ La agrupación en un “único” régimen jurídico la anterior regulación tripartita (suspensión, suspensión extraordinaria y sustitución) merece quizás ser considerada la modificación más trascendente desde una perspectiva de técnica legislativa. Ahora bien, en atención a la modificación estructural que produce y a la “mutación” de naturaleza jurídica a la que da lugar, no se debe perder de vista la regulación de la libertad condicional (tradicionalmente considerada una forma de cumplimiento de la pena de prisión) que pasa a ser concebida como un supuesto especial de suspensión. Con claridad condensaba estas consideraciones PEÑARANDA RAMOS, E., “Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.): *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del Código penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 49, cuando sostenía del proyecto que dio lugar a la reforma que “el significado último de la reforma planteada no se comprende, pues, desde la perspectiva de una mera simplificación del régimen jurídico de estas instituciones o de la agilización de los procedimientos establecidos para su concesión o su denegación, sino por la pretensión de reconducirlas, pese a su diversidad y a las variadas modalidades en que se pueden presentar, a un concepto común y en extender ese afán unificador incluso a la libertad condicional, a la que se pretende también convertir en un caso más de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”.

⁹⁶ Señala TRAPERO BARREALES, M. A., *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 62, que “se trata de una propuesta que destaca perfectamente el fundamento de la suspensión, si bien su descripción podría ser más depurada”.

⁹⁷ Así, PEÑARANDA RAMOS, E., “La suspensión y sustitución de la pena”, p. 57, consideraba, en relación con la entonces modificación proyectada que finalmente vio la luz, “razonable (...) la pretensión de formular con una mayor precisión que en el Derecho vigente el fundamento y los

tampoco deseable) una precisión absoluta, lo cierto es que este listado de criterios tampoco incrementa sustancialmente la seguridad jurídica, dado que no existe orden de prelación alguno entre los distintos factores (que, claro está, no tienen por qué apuntar siempre en el mismo sentido) y tampoco una orientación básica acerca de cómo ponderarlos. Así, la mera enunciación de más “ítems” no acarrearán necesariamente una mayor concreción normativa.

Pese a la alteración de la expresión que se venía empleando, le asiste la razón a CERVELLÓ DONDERIS cuando manifiesta que “aunque el criterio de peligrosidad ha desaparecido de los requisitos para conceder la suspensión de la ejecución, la lectura de los requisitos actuales permite deducir que la probabilidad de la comisión de nuevos delitos sigue siendo el elemento sobre el que gira esta figura punitiva”⁹⁸. Máxime si tenemos en cuenta que la interpretación de la referencia a la peligrosidad criminal que se hacía de la anterior regulación sostenía la semejanza de este concepto con “un desalentador pronóstico acerca de su conducta futura”, de forma que la existencia de peligrosidad en un sujeto, de acuerdo con la anterior regulación, “hace considerar como probable o altamente probable su reiteración delictiva”⁹⁹. En definitiva, del cambio de terminología empleado no parece que se puedan derivar en este punto importantes consecuencias de carácter práctico o interpretativo.

Sin embargo, TRAPERO BARREALES nos pone sobre la pista de una potencial implicación práctica de esta nueva formulación legal. Esta autora considera que lo relevante para la

criterios de valoración para conceder o denegar la suspensión de la ejecución y para fijar, en su caso, el plazo de la misma”. Se trataría de una formulación que, siguiendo al autor citado, no se encontraría, sin embargo, exenta de críticas (pp. 58 y ss.). Para CARDENAL MONTRAVETA, S., *InDret*, p. 23, esta nueva regulación “permite otorgar a la prevención general un protagonismo igual o superior al que tenía antes de la reforma”.

⁹⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Suspensión de la pena”, p. 450. En similar sentido, ABEL SOUTO, M., *La suspensión*, pp. 49 y ss., considera que pese a la supresión formal de la peligrosidad como criterio rector para decidir si procede, o no, la suspensión de la pena, lo que en realidad se ha hecho es potenciar su importancia. De otra opinión parece ROIG TORRES, M., “Valoración de la peligrosidad en la suspensión de la pena y en la libertad condicional”, p. 118, quien considera que “estas disposiciones presentan un perfil enteramente distinto al que tenían en nuestro ordenamiento hasta la reforma, donde la peligrosidad era la clave para acordar o denegar la suspensión, dejando al juicio del juez o tribunal la valoración de ese riesgo, que efectuaba básicamente a la vista del histórico penal del condenado”. En similar sentido, discrepa también de las dos primeras opiniones TRAPERO BARREALES, M. A., *El nuevo modelo de suspensión*, p. 77, para quien la nueva regulación permite dar lugar a la suspensión incluso cuando se constate la peligrosidad criminal del sujeto, ya que “la presencia de este elemento no es causa suficiente para tener que decidir necesariamente a favor de la ejecución de la pena”.

⁹⁹ Así, PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009, p. 129.

suspensión de la ejecución de la pena, tras la reforma, no es si existe o no peligrosidad criminal, sino si el cumplimiento de la pena resulta necesario para conjurar ese riesgo o si, por el contrario, podrían bastar las condiciones que acompañarán a la suspensión¹⁰⁰. Dicha autora señala con acierto que “normalmente, cuando se piensa en la institución de la suspensión se tiene en mente la imagen de un sujeto que ha cometido un delito y que es responsable o culpable, al que, por tanto, como principal y única consecuencia jurídica se le impone la pena privativa de libertad prevista (...) [p]ero la pena privativa de libertad también puede ser impuesta junto con una medida de seguridad, privativa o no privativa de libertad”, lo que podría suceder en supuestos de semiimputabilidad y en aquellos en los que está contemplada la posible (o preceptiva) imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada¹⁰¹. Así, se pregunta la autora citada, “si el riesgo de reiteración delictiva ya no es impedimento para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, ¿se podrá plantear esta forma suspensiva también cuando el sujeto es condenado a pena privativa de libertad —no superior a dos años— y a medida de seguridad?”¹⁰². La respuesta más sencilla se encuentra para el supuesto de la acumulación de pena y medida de seguridad privativa de libertad, pues su combinación y posibilidades de suspensión se encuentran ya articuladas a través del sistema vicarial (art. 99 CP)¹⁰³. En cambio, cuando de medidas no privativas de libertad se trate la cuestión será muy otra, pues en estos casos habría que constatar si con el mero cumplimiento de la medida se puede dar satisfacción al requisito de la suspensión: la innecesariedad de la ejecución para evitar la ulterior comisión de delitos¹⁰⁴.

¹⁰⁰ TRAPERO BARREALES, M. A., *El nuevo modelo de suspensión*, p. 77.

¹⁰¹ *Ibíd.*, pp. 77 y ss.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 78.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 79.

¹⁰⁴ Así lo explica con claridad TRAPERO BARREALES, M. A., *El nuevo modelo de suspensión*, p. 80, cuando sostiene que “que el condenado sea un semiimputable y peligroso criminalmente no puede ser un impedimento absoluto para la suspensión de la ejecución de la pena, porque la peligrosidad criminal va a ser contrarrestada o anulada con el cumplimiento de la medida de seguridad no privativa de libertad (...) y si la medida de seguridad no privativa de libertad no es suficiente para contrarrestar o minimizar el riesgo de reiteración delictiva, porque se puede acordar el régimen de reglas de conducta propias de la suspensión”. Esta misma posibilidad, aunque difícil, no debería excluirse tampoco en los supuestos de imposición de libertad vigilada a sujetos plenamente responsables (pp. 82 y ss.). Vid., sobre la necesidad de ejecutar la medida de libertad vigilada (cuando su imposición es prevista por el legislador con carácter imperativo), incluso aunque la ejecución de la pena sea suspendida, la STS 768/2014, de 11 de noviembre de 2014.

De este modo se genera una situación en cierta medida paradójica, pues la existencia de una “especial” peligrosidad criminal, que es la que fundamentará la imposición de una medida de seguridad, posibilitaría que la pena fuera finalmente suspendida (porque la ejecución de la medida sería suficiente para contrarrestar la peligrosidad del sujeto). Formulada llanamente, se le diría al condenado: “como no eres lo suficientemente peligroso como para que se te imponga una medida, tendremos que ejecutar tu pena”. Sin embargo, la paradoja es más aparente que real, pues lo importante, en el fondo, es que (dejando al margen la difícil cuestión de cómo conjugar las necesidades preventivo-generales y especiales en sede de suspensión de la pena) se conjure esa peligrosidad de la forma jurídicamente disponible que siendo efectiva suponga una menor lesividad para el afectado¹⁰⁵. Además, lo razonable sería pensar que allí donde la peligrosidad de un sujeto no alcance para legitimar una medida, aquella pueda ser controlada sencillamente mediante las condiciones que, conforme a la ley, pueden acompañar a la suspensión¹⁰⁶.

Por otro lado, lo cierto y verdad es que la imposición de medidas de seguridad no tiene por qué requerir una “especial peligrosidad” (en el sentido de una “peligrosidad cualificada” frente a aquella en la que se piensa en los supuestos de suspensión). Por tanto, la concurrencia de una medida no debería implicar descartar de antemano el eventual recurso a la suspensión de la pena. La posibilidad de imponer estas medidas está subordinada, en ocasiones, a un determinado origen de la peligrosidad que nada dice acerca de su concreta entidad (en el caso de las medidas de seguridad para sujetos semiimputables), ni, por tanto, acerca de los medios precisos para su control. Se ha de tener en cuenta, además, que en este caso la ejecución de la medida precede a la de la pena y, en consecuencia, incluso aunque en un primer momento se constate una importante peligrosidad, el tiempo que media entre dicha constatación y el momento de cumplir la pena tendrá una acusada relevancia. En otras ocasiones, tal posibilidad de decretar la imposición de la medida obedece, por el contrario, a una decisión legislativa

¹⁰⁵ Sobre los problemas de conciliación de los distintos propósitos preventivos en sede de suspensión de la imposición de la pena, vid. CARDENAL MONTRAVETA, S., *InDret*, passim. Con especial claridad manifiesta que rechaza “la conclusión de que —debido al tenor literal de la nueva regulación, al principio de proporcionalidad, y/o con otro fundamento— el régimen legal de la suspensión de la ejecución de la pena deba interpretarse otorgando siempre preferencia a la prevención especial” (p. 25).

¹⁰⁶ De hecho, la evidente semejanza material entre las restricciones de libertad previstas en el art. 83 CP (como condiciones a la suspensión) y las contempladas como formas de ejecución de la libertad vigilada hablan a favor de esta hipótesis.

previa que adhiere al delito cometido la imposición de la medida (en el caso de la libertad vigilada para sujetos imputables), en una suerte de presunción *iuris et de iure* de peligrosidad¹⁰⁷. De forma que, de nuevo, tal medida no sería siquiera un indicio acerca de la peligrosidad del sujeto en cuestión, ni, por tanto, un obstáculo serio para proceder a la suspensión.

Con todo, no está ni mucho menos claro que las previas consideraciones no fueran directamente aplicables a la regulación anterior, precisamente porque, como decíamos, la peligrosidad criminal era entonces comprendida como el riesgo de reiteración delictiva. Solo desde una comprensión muy rígida y poco sensible a su finalidad se podría sostener que la anterior regulación suponía en sí misma un impedimento a estas reflexiones.

En todo caso, parece que, con una u otra configuración concreta, la ausencia de peligrosidad se erige en el elemento nuclear de las posibilidades de suspensión. Por ello, no deja de extrañar que en el Anteproyecto que precedió a la reforma del año 2015 en que se proponía una formulación algo distinta se estipulara que “no se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito”¹⁰⁸. Ya no sólo resulta curioso el contenido de este no nato precepto, sino su propia forma de ser expresado, de clara inspiración preventivo-general positiva. Una formulación equivalente contempla, sin embargo, el art. 89.1 CP para los supuestos de sustitución de la pena por expulsión en caso de ciudadanos extranjeros. El hecho de que finalmente este extremo no fuera adoptado en la reforma de 2015 realza, sin embargo, el componente preventivo-especial de toda esta institución.

¹⁰⁷ Vid. infra, Capítulo VI, epígrafe V.

¹⁰⁸ Celebran que finalmente no fuera acogida esta acotación ROIG TORRES, M., “Valoración de la peligrosidad en la suspensión de la pena y en la libertad condicional”, p. 126 y TRAPERO BARREALES, M. A., *El nuevo modelo de suspensión*, p. 104. En igual sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., “La suspensión y sustitución de la pena”, p. 59, defiende que “desde la doctrina penal se viene reiteradamente señalando que valoraciones de este tipo carecen de cualquier fundamento empírico y son idóneas para servir de vehículo a decisiones puramente subjetivas, arbitrarias por tanto, en las que simples especulaciones, de carácter más emotivo que racional, se ocultan bajo el vistoso ropaje teórico de la llamada ‘prevención general positiva’. Es ciertamente necesario establecer algún límite preventivo-general a la posibilidad de conceder la suspensión de la ejecución de la pena, pero a tal necesidad se atiende mejor y, desde luego, de un modo más objetivo, mediante el establecimiento de un máximo de duración de las penas susceptibles de ser suspendidas”. Coincide en que la fijación del establecimiento de esta clase de máximos obedece a una función preventivo-general (aunque le concede una importancia muy superior a esta función), CARDENAL MONTRAVETA, S., *InDret*, p. 20.

1.4. Reincidencia

Otro ámbito en el que la peligrosidad criminal podría llegar a desempeñar un papel relevante en nuestro ordenamiento (y, de una u otra forma, en todos los de nuestro entorno) es en el de la agravación de la pena al delincuente reincidente. En todo caso, y como aclaración previa, no debemos perder de vista que mientras que el sujeto reincidente lo es por algo que ha hecho, el sujeto peligroso lo es por algo que podría llegar a hacer¹⁰⁹. Al primero se lo califica por su pasado, al segundo por su futuro. Obviamente ambas características pueden confluír en un mismo sujeto, pero eso no tiene porqué ser necesariamente así.

En definitiva, tal y como señala ARMAZA ARMAZA, “la habitualidad criminal puede ser un indicio de que determinado sujeto es, además de habitual, portador de peligrosidad; pero no debemos olvidar que este dato no garantiza, en modo alguno, que el sujeto sea, efectivamente, peligroso”¹¹⁰. Además, “la noción de reincidencia (...) no da cabida a que se evalúe o se tenga en cuenta la peligrosidad criminal del agente, pues aquella puede perfectamente configurarse con o sin la concurrencia de esta última (...) la reincidencia constituye solo un indicio de la peligrosidad, un reincidente no necesariamente ha de ser criminalmente peligroso”¹¹¹.

¹⁰⁹ En este sentido, conviene recordar el propio tenor literal del art. 22.8º CP que establece que “[h]ay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. De esta definición se desprenden también una serie de datos de suma trascendencia de cara a la mejor interpretación de la circunstancia. Así, se constata la necesidad de que se cumpla un requisito temporal (condena previa) y un requisito de “parentesco” formal (que ambos delitos pertenezcan al mismo título) y material (que tengan, además, la misma naturaleza). De esta cuestión, como ya ha sido apuntado (PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 26, 2012, p. 186, n. 8), se derivan muchos y complejos problemas, fundamentalmente el de qué significa que dos delitos sean “de la misma naturaleza”. A este respecto, cabe señalar que doctrina y jurisprudencia exigen, con carácter general, la concurrencia de tres requisitos: identidad del bien jurídico protegido, similar gravedad de las conductas e identidad en el modo de ataque al bien jurídico. Así lo señala también MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 91. Por otra parte, tampoco resulta sencillo establecer si dos delitos pertenecen también al mismo (y único) título cuando nos hallamos ante distintas formas de participación o distintos grados de ejecución. Sobre esta cuestión, que generalmente pasa desapercibida, resultan interesantísimas las consideraciones de MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10,14 10,15 61,6 y 516,3*, Bosch, Barcelona, 1974, pp. 370 y ss., que se muestra contrario a tal posibilidad.

¹¹⁰ ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013, p. 74.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 76.

Apuntada esta precisión de no menor importancia, conviene comenzar por señalar que esta clase de agravaciones de la pena se manifiestan a primera vista sumamente intuitivas¹¹². Seguramente ello ayude a explicar la larga tradición de la que disfrutaban en nuestra legislación histórica¹¹³. Sin embargo, como veremos sumariamente a continuación, tal dimensión intuitiva de la agravación por reincidencia no se corresponde debidamente con la realidad cuando es observada de manera algo más detenida¹¹⁴. Ello sucede fundamentalmente por dos motivos.

En primer lugar, no está tan claro que nuestro ordenamiento responda siempre agravando la pena del autor múltiple. De hecho, no lo hace, a veces ese factor “atenúa”¹¹⁵. Piénsese,

¹¹² Así, se comparta o no la opinión de que la agravación por reincidencia se halla en el fondo fundamentada, parece difícil rechazar, tal y como apunta MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, Universidad de Murcia, Murcia, 1971, p. 158, que esta no representa “un capricho del legislador, sino que, por el contrario, se materializa como expresión normativa de un sentimiento popular de justicia que, aun intuitivamente, encuentra expresión en toda clase de relaciones humanas”. En el mismo sentido, ha dicho ROBERTS, J. V., *Punishing Persistent Offenders: Exploring Community and Offenders Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 14, que “ignorar las condenas previas de un sujeto y concretar la pena atendiendo solo al delito actual resulta altamente contraintuitivo”.

¹¹³ Para un extenso y riguroso análisis de las distintas regulaciones de la circunstancia agravante de reincidencia en las primeras fases de la codificación histórica española, vid. ASÚA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, *passim*.

¹¹⁴ De hecho, no son pocos los autores que han propuesto su supresión del Código. Por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 10, números 14 y 15”, en CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal. Tomo I*, Ariel, Barcelona, 1972, p. 741, ha sostenido que quizás “la actitud más realista sea reconocer esta quiebra de los principios fundamentales que inspiran al Código, antes que tratar de conseguir explicar artificiosamente a cualquier precio las agravaciones previstas para la reiteración y reincidencia desde la perspectiva de un Derecho penal de culpabilidad”. Esta misma idea la reitera luego el autor al sostener, con mayor rotundidad, que “debe renunciarse, pues, al intento de explicar la función agravatoria de la reincidencia y reiteración desde la perspectiva del Derecho penal de culpabilidad. Ni la reincidencia ni la reiteración entrañan un mayor contenido de injusto o una mayor culpabilidad” (p. 743). Por su parte, MIR PUIG, S., *La reincidencia*, p. 546, considera con firmeza que resultaría “deseable la supresión de las circunstancias de agravación de pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro derecho penal, y muy especialmente de los preceptos que atribuyen una eficacia extraordinaria a la multirreincidencia” y ASÚA BATARRITA, A., *La reincidencia*, p. 461, de forma algo más contenida, defiende que “el mantenimiento de la agravación por reincidencia —nunca la elevación de la pena—, únicamente sería aceptable en el supuesto de que se concediese al juzgador la posibilidad de apreciarla o no en consideración de las circunstancias todas que concurren en el delito y en el sujeto. Aunque ciertamente en este caso no sería siquiera necesaria su contemplación como circunstancia agravante”.

¹¹⁵ Desde luego, se habla aquí de “atenuación” en una acepción tan amplia como impropia, pues en ningún caso la comisión de varios delitos “compensa” en el sentido de suponer un castigo inferior al que correspondería a cualquiera de ellos aisladamente considerado. Se trata simplemente de que el ordenamiento no procede sistemáticamente sin más a una acumulación irrestricta de las consecuencias jurídicas de forma que el “montante final” no será necesariamente la suma de todas las sanciones, sino que, en ocasiones, podrá ser inferior a este.

por ejemplo, en cómo se halla regulada la materia de la reiteración delictiva de un mismo sujeto en sede de concursos de delitos en nuestro Código penal. Este prevé, por un lado, límites máximos de cumplimiento para los supuestos de concursos reales¹¹⁶. Por otro, en la regulación del delito continuado se dispensa también un trato “beneficioso” (frente a la mera acumulación) al sujeto que, reuniéndose determinados requisitos, delinque reiteradamente en un concreto ámbito¹¹⁷. Así, la idea de que la repetición delictiva deba merecer, por unos motivos u otros, una superior sanción no es sostenible sin mayores matizaciones. De hecho, la existencia de esta clase de previsiones legislativas debería (al menos) condicionar la interpretación de la circunstancia agravante de reincidencia para hacerla debidamente compatible con lo dispuesto en otras partes de nuestro Código penal.

En este sentido, la diferencia esencial entre la regulación de un instituto (la agravación de la pena) y los otros (determinadas formas de tratamiento concursal) reside en la existencia de una condena previa¹¹⁸. Ni los límites al supuesto de concurso real, ni aquellos

¹¹⁶ Vid., al respecto, el art. 76 CP.

¹¹⁷ Vid., al respecto, el art. 74 CP.

¹¹⁸ Así lo señala MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, p. 157. Con especial claridad lo ha visto también MAÑALICH RAFFO, J. P., “La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la comensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”, *Política criminal*, vol. 10, n.º. 20, 2015, p. 505, que ha sostenido que “mientras la existencia de una situación de reincidencia depende de que la persona en cuestión ya haya sido condenada por uno o más de los hechos punibles que le son imputables al momento en que tiene lugar la perpetración de otro hecho punible que le es asimismo imputable, la existencia de una situación de reiteración concursal (en cuanto situación de concurso real) presupone, por el contrario, que en contra de la persona en cuestión no se registre una condena previa, por alguno de los hechos punibles que le son imputables, al momento en que es perpetrado algún otro hecho punible que también le sea imputable”. Precisa su postura más adelante cuando señala que “si lo que diferencia a las situaciones de una y otra clase es reducible a esa variable exclusivamente procesal, es claro que unas y otras resultan ser sustantivamente equiparables. Y esto significa que las objeciones correctamente esgrimidas en contra del reconocimiento de relevancia penológica diferenciada a una situación de reincidencia — precisamente, en razón de su incompatibilidad con un modelo de derecho penal del hecho y su congruencia, más bien, con uno de derecho penal de autor— tendrían que ser igualmente pertinentes de cara al reconocimiento de relevancia penológica a una situación de reiteración concursal” (pp. 505 y ss.). Discrepamos, en cambio, de que la condena previa sea “una variable exclusivamente procesal”, pues no nos resulta ni mucho menos claro que de la existencia de una condena previa no se desprenda ningún efecto material que (potencialmente) pueda tener alguna relevancia al respecto. Surgen así tres opciones, no necesariamente incompatibles entre sí, para justificar este aparentemente injustificado trato dispar: a) la emprendida por MAÑALICH RAFFO, que persigue buscar una fundamentación alternativa a los límites al concurso real basada en la idea de proporcionalidad cardinal; b) sostener que no tiene nada de malo el “Derecho penal de autor” cuando se hace jugar en favor de este (y no frente a él, como sucedería con la agravación por reincidencia); y c) otra a la que aquí se prestará mayor atención (pues los razonamientos sobre la cuestión concursal serán solo incidentales) que consiste en conceder mayor relevancia a esa condena previa trazando así una importante cesura entre los fundamentos que inspiran una u otra institución. En este sentido, el trabajo de MAÑALICH RAFFO busca poner de relieve la insuficiencia de la mera reiteración criminal como vía apta para explicar

concebidos para el delito continuado obedecen a la constatación de una condena anterior, sino más bien a una cierta lógica de proporcionalidad que atiende, más bien, al *conjunto* de hechos enjuiciados. Dicho de otra manera, ambos supuestos se ocupan de la proporcionalidad del “montante total”¹¹⁹. Son interesantes, por ello, en este punto ideas como la de la “progresión geométrica” que suponen la cristalización de esta idea de proporcionalidad desde una perspectiva subjetiva¹²⁰. Explicado claramente: la privación de libertad por un tiempo de diez años no se corresponde de manera exacta con el doble de lesividad del que supone una privación de libertad de cinco. La vida, se podría decir, es un bien escaso, más escaso cuanto más avanza. Por ello, llega un punto en el que la privación de libertad alcanza dimensiones trágicas. Por otra parte, desde una perspectiva objetiva (esto es, prescindiendo de la mayor afflictividad real o hipotética para el concreto autor) la idea de proporcionalidad cristalizaría en la determinación de límites absolutos que como sociedad no estamos dispuestos a transgredir. De este modo, en materia concursal, frente a la lógica de la proporcionalidad, la condena previa desempeña una función de restricción de beneficios penológicos: impedirá acumular hechos anteriores y posteriores a la condena (a efectos del concurso real) o suministrar el tratamiento del delito continuado a hechos que se cometan con posterioridad a la condena por el delito continuado previo¹²¹.

determinados extremos de la regulación concursal, marcando la contradicción con los supuestos de agravación por reincidencia dado que son “sustantivamente equiparables”. Aunque discrepemos de esto último, eso no significa que no le asista la razón a MAÑALICH RAFFO cuando busca enriquecer la fundamentación de la regulación concursal a través de otras consideraciones y seguramente también en el modo en que lo hace.

¹¹⁹ En este sentido, vuelven a ser interesantes las consideraciones al respecto de MAÑALICH RAFFO, J. P., *Política criminal*, 2015, p. 524, que se condensan en la idea de que en “los regímenes de acumulación jurídica (...) los casos de reiteración de hechos punibles, entendidos como casos de concurso real, no admiten ser explicados en referencia a la estructura del concurso en cuestión. Antes bien, la validación de esos regímenes puede entenderse como expresiva de una relativización de los requerimientos propios de la proporcionalidad ordinal en razón de una preocupación de proporcionalidad cardinal”.

¹²⁰ Expone este principio y sus potenciales críticas SANZ MORÁN, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, pp. 25 y ss. Entre las posibles objeciones a la validez de este principio destaca, como señala el propio autor, el hecho de que se pueda ver “compensado” por una especie de efecto adaptativo que haga que con el transcurso del tiempo la privación de libertad resulte progresivamente menos afflictiva (p. 26).

¹²¹ Vid., en este sentido, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Política criminal*, 2015, p. 505. Resulta curiosa (y corroboradora de lo que aquí se sostiene) la regulación del proceso de acumulación de penas que se contempla en el art. 76 CP. Así, en su apartado segundo se dispone que “la limitación se aplicará *aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar*” (cursivas propias). Es decir, no se exige la existencia de un único proceso, pero sí,

La agravación por reincidencia, sin embargo, atiende a la idea de la proporcionalidad por un solo hecho: el “repetido”. De esta forma, la existencia de una condena previa no es (o, al menos, no solo) un simple requisito formal para apreciar la agravación: “la condena supone una muy importante experiencia en la vida del individuo y, como tal, debe (o puede) ser tenida en cuenta”¹²².

Así, y resumidamente, frente a la aparente contradicción que podría suponer el tratar en ocasiones la reiteración delictiva para “beneficiar” al autor de los delitos unas veces y otras para “perjudicarle”, todo cobra perfecto sentido cuando se analiza desde la perspectiva de la condena previa. La condena previa a la comisión del delito supondrá siempre para el autor de este un empeoramiento de su condición en caso de que vuelva a delinquir. Ya sea por la imposibilidad de proceder a la acumulación en el concurso real (art. 76.2 CP), ya sea por no poder ser reconducido el nuevo delito a la figura del delito continuado por el que ya ha sido condenado, o por poder suponer una agravación de la pena, es la condena previa la que determina (o condiciona) el régimen jurídico de todos estos institutos.

El segundo conjunto de motivos que podrían poner en tela de juicio lo “intuitivo” de la agravación del castigo del reincidente está relacionado con una cuestión principal. Podría llegar a ser útil castigar más severamente al sujeto reincidente. Sin embargo, en la utilidad

en cambio, que no exista una condena previa a la comisión de los delitos cuya pena se pretenda acumular a la primera de las condenas. Por otra parte, en lo relativo al delito continuado, parece que le asiste la razón a MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, p. 96, cuando señala que respecto de él “no hay problema alguno, pues interrumpiendo la condena irrevocable la unidad del diseño criminal, los actos delictivos verificados después de dicha condena no deben entenderse en continuación de los anteriores”. De otra opinión es MIR PUIG, S., *La reincidencia*, p. 176. Creemos, entonces, que con la regulación actualmente vigente (la comisión de pluralidad de delitos “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”, art. 74 CP) sería plausible sostener que no estamos ya ante una “idéntica”, sino, a lo sumo, “parecida” situación, y que, por “preconcebido” que esté el plan, la irrupción de la condena frustra el plan que luego habrá de reiterarse. Algún problema podrían representar, no obstante, aquellos delitos cuya acción inicial diera lugar a varios resultados lesivos temporalmente diversos y algunos de ellos fueran objeto de la condena y otros, en cambio, posteriores. Sin embargo, en estos casos lo oportuno sería condenar por un concurso ideal. Al proceder de este modo, dado que la diversidad de resultados lesivos habría sido ya tomada en consideración a efectos de la determinación de la pena en la primera condena se debería aplicar en el proceso penal la excepción de cosa juzgada.

¹²² PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, p. 194. Por ello, coincidimos en este punto con MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, p. 161, al sostener que “cuando se afirma que la realización de varios delitos por una persona constituye el requisito material de la reincidencia, representando la condena únicamente el requisito formal demostrativo de la comisión de uno o varios delitos precedentes, se está confundiendo la reincidencia con la mera repetición criminal, cerrándose el camino a toda posible explicación del tratamiento agravado de aquella”.

no se agotaría la necesaria fundamentación de este proceder que debería, cuando menos, respetar algunos principios básicos que el ordenamiento penal y constitucional propio de un Estado de Derecho debe ineludiblemente reconocer¹²³. Así, la “intuición” de lo razonable del superior castigo a quien reiteradamente delinque mutaría en una “intuición” acerca de su utilidad, que poco valor ha de tener en el plano de la justificación de una institución. De este modo, principios como los de culpabilidad, proporcionalidad o prohibición de incurrir en *bis in idem* constreñirían de forma relevante estas opciones político-criminales.

Con el propósito de tratar de suministrar una fundamentación que permita salvar algunos de estos problemas (especialmente los del segundo grupo, en el primero se suele reparar menos) se ha intentado ofrecer una base dogmática a esta agravación que permita explicar su sentido y enmarcarla debidamente en nuestro ordenamiento jurídico (penal y constitucional). De esta forma, son muchas las explicaciones que se han pretendido dar a la legitimidad de esta institución. Esencialmente, pese a todo, pueden ser reconducidas a tres: teorías de la peligrosidad (o de una mayor necesidad de pena), teorías de la mayor culpabilidad y teorías del mayor injusto¹²⁴.

¹²³ Esta fundamentación adicional resulta imperiosa, con mayor razón, para la agravación de multirreincidencia (cuyo fundamento sería el mismo, aunque cualificado) que permitiría, como señala PUENTE SEGURA, L., “La multirreincidencia”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 2, 2004, p. 4, “un reproche penal de mayor entidad, —la imposición de una pena más grave—, a aquél en quien sólo concurre la circunstancia agravante de multirreincidencia que a aquél otro cuyo comportamiento se adorna por el completo catálogo de todas las demás circunstancias agravantes previstas en el Código Penal”. Así también, PÉREZ MANZANO, M., “El principio de culpabilidad”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.): *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 132, afirma que “la crítica a la agravación de la pena debido a la lesión del principio de culpabilidad tiene especial sentido respecto de la superagravante de multirreincidencia”. Ello se debe, según la autora, a que “el Tribunal Constitucional declaró la compatibilidad de la agravante de reincidencia con la Constitución, si bien desde la perspectiva del principio de proporcionalidad a partir de la constatación de sus reducidos efectos agravatorios, dado que en aquel momento el Código Penal no contemplaba la superagravante de multirreincidencia”. En igual sentido, AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Iustel, Madrid, 2008, p. 66.

¹²⁴ No se abordará aquí, pese a lo sugerente que resulta, la propuesta de VON HIRSCH, A., *Past or Future Crimes*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1985, pp. 81 y ss., a la que se adscribe matizadamente DUFF, R. A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 167 y ss. Según esta interpretación, lo que sucede con la “agravación” por reincidencia no es que reprochemos más al autor reincidente, sino que, a la inversa, estamos dispuestos a mostrarnos más comprensivos con los autores primarios, pues todos podemos “fallar” alguna vez, y el ordenamiento jurídico se muestra favorable a disculparles parcialmente por su “momento de debilidad”. No nos adentraremos en este planteamiento por la sencilla razón de que no supone más que la inversión del análisis del problema (se habla de la existencia de una “menor culpabilidad” en el delincuente primario en lugar de una “mayor culpabilidad” en el reincidente). Así lo señala, aunque

El primer grupo de explicaciones resulta a la vez el más intuitivo y el más difícilmente conciliable con los parámetros constitucionales¹²⁵. Simplificando mucho la argumentación: los sujetos reincidentes habrían mostrado su peligrosidad y el ordenamiento jurídico debería responder más severamente frente a ellos, dada la mayor perturbación social que generan. Sin embargo, una fundamentación de este tipo podría abocar a una concepción del Derecho penal muy cercana al Derecho penal de autor que, precisamente al discutir la admisibilidad de la circunstancia agravante de reincidencia en nuestro ordenamiento, consideró en todo punto improcedente nuestro Tribunal Constitucional en su STC 150/1991, de 4 de julio¹²⁶. En este aspecto no se requiere ahora mayor profundización, aunque más adelante se tratarán cuestiones estrechamente vinculadas¹²⁷. En nuestro ordenamiento jurídico la pena no sería, según se dice con frecuencia, el mecanismo de respuesta a la peligrosidad criminal. En su caso, y en los términos político-constitucionales a los que como sociedad estemos dispuestos a ajustarnos, existirían otros mecanismos (paradigmáticamente las medidas de seguridad) para responder a dicha cualidad personal¹²⁸.

reconoce al enfoque el valor de una perspectiva enriquecedora, MARTÍNEZ GARAY, L., “La relación entre culpabilidad y peligrosidad”, en MARAVER GÓMEZ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coords.): *La culpabilidad*, BdeF, Buenos Aires, 2019, p. 131.

¹²⁵ En este grupo de explicaciones se incluyen variantes muy heterogéneas que ponen el acento en distintos aspectos como la mayor peligrosidad del reo, la necesidad de una pena mayor para la correcta satisfacción de su función, la mayor alarma social generada, etc. Todas ellas, sin embargo, tienen en común la importante función preventiva (especial o general según los casos) que, de forma más o menos expresa, atribuyen a esta circunstancia agravante. Para una explicación más detallada de estas posturas, que hasta donde se nos alcanza, apenas es defendida en la actualidad, vid. MIR PUIG, S., *La reincidencia*, pp. 442 y ss.

¹²⁶ Esta sentencia, de vital importancia en lo que a la constitucionalidad de esta circunstancia agravante se refiere, sostuvo entre otras cosas que esta no contravenía el principio de proporcionalidad. Así, estableció que “el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena” (F.J.4). Además, sostuvo que tampoco había vulneración alguna en relación con el principio de culpabilidad, aunque “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” (F.J.4).

¹²⁷ Vid. infra, Capítulo IV, epígrafe V y Capítulo VI, epígrafes VIII y IX.

¹²⁸ Sobre estas cuestiones se profundizará más adelante: vid. infra, Capítulos V y VI. En todo caso, vale la pena señalar que se muestran favorables a renunciar a la agravación de la pena al reincidente,

El segundo y tercer grupo de explicaciones tratan de reconducir la cuestión a la propia teoría jurídica del delito¹²⁹. Así, el segundo procura fundamentar el mayor castigo en la existencia de una también “mayor” culpabilidad, lo que podría implicar la admisión de un concepto de culpabilidad hoy minoritario que permita “intensificaciones” en lugar de operar como “filtro”¹³⁰. Para estas perspectivas, el sujeto en cuestión sería, por motivos

pero a poder acompañar a esta de una medida de seguridad en determinados casos, entre otros, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada, 1999, p. 384; GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 152; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 1, 2009, pp. 210 y ss.; JORGE BARREIRO, AG., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, *Libertas*, n.º 0, 2012, p. 192; y, desde una perspectiva especialmente matizada y contenida (casi anticipando los problemas que después surgirían) MIR PUIG, S., *La reincidencia*, p. 547. En contra de esta postura se ha manifestado, con muy buenas razones, AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia*, p. 141, para la que “la propuesta de aplicar medidas de seguridad a los delincuentes habituales peligrosos logra de forma muy hábil (...) sortear el principio de culpabilidad, al situarse en un derecho penal de medidas de seguridad. Pero, si nos fijamos bien, en realidad lo que se hace es sustraer de las garantías que conlleva el principio de culpabilidad a sujetos que son imputables y, en consecuencia, culpables”. Parece que acompaña también la razón a RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 10, números 14 y 15”, p. 744, cuando señala que “las agravantes de reincidencia y reiteración no sólo representan un sensible quebranto del Derecho penal de la culpabilidad, sino que, además, aparecen, desde otra perspectiva, como medios político-criminales poco adecuados. Ambas suelen mostrar el fracaso de los efectos preventivos de la pena anteriormente impuesta. Ante este fracaso parece poco oportuno que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez, ‘reincidiendo’ en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que fracasó ya con anterioridad. El medio más apropiado para conseguir estas finalidades no será ciertamente el aumento de la cantidad de la sanción retributiva que ya fracasó, sino la aplicación de una sanción de naturaleza distinta”. Cuestionable es, en cambio, que deban ser las medidas de seguridad, como después propone el autor, las que estén llamadas a desempeñar esta función, postura, por cierto, que como veremos más adelante (vid. infra, Capítulo V, epígrafe VIII), cabe entender modificada en trabajos posteriores en los que se abordaron cuestiones vinculadas a las medidas de seguridad y su fundamento.

¹²⁹ La ventaja esencial de este conjunto de explicaciones (y también del próximo) es que, de considerarse correctos sus postulados y argumentaciones, no se vulneraría ninguno de los límites que han de permanecer incólumes. Así, si la teoría jurídica del delito se mantiene (como debe hacer) dentro de las pautas constitucionalmente marcadas y los límites consagrados, encontrar una explicación a la agravación por reincidencia dentro de la lógica del propio sistema garantizaría que estos límites fueran, a su vez, en todo caso respetados.

¹³⁰ En este sentido, conviene no perder de vista que en contraste con las teorías que fundamentan la agravación en el mayor injusto, como se ha dicho, PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, p. 194, “las diferencias esenciales entre estas dos posturas no se encuentran tanto en una interpretación o un análisis distinto de la reincidencia, sino en un distinto sistema del delito. Las dos posturas se separan ostensiblemente en la definición de culpabilidad lo que, como veremos, dará lugar a muy distintas conclusiones”. Así, las diferentes decisiones acerca de esta importante cuestión no dependen tanto de la interpretación del “fundamento propio” de la reincidencia (sobre el que las diferencias son menores de lo que en ocasiones se busca mostrar), sino de la concreta estructura dogmática que se maneje.

distintos en función de la perspectiva adoptada por cada autor, “más culpable”¹³¹. Unos lo fundamentarán, por ejemplo, en una suerte de desobediencia a la autoridad especialmente reprobable¹³². Otros, por su parte, hallarán tal justificación en el hecho de que el sujeto en cuestión ya fue “amonestado” por sus actos con anterioridad, por lo que es previamente consciente del reproche que sus actos merecen a ojos del ordenamiento jurídico¹³³. Así, resulta especialmente gráfica la forma de expresarlo de MARTÍNEZ DE ZAMORA: “el deber de no delinquir, más fuertemente sentido, es también más fuertemente transgredido”¹³⁴. Precisa más adelante el autor que “[c]uando el ya reo realiza una nueva infracción pese a la advertencia y pese a que debe conocer con mayor exactitud de la normal la antijuridicidad y la punibilidad de su propio hacer, o insiste en el descuido pese a la experiencia que le implica un mayor deber de prestar atención y obrar cuidadosamente, es incuestionable que en el juicio valorativo de la culpabilidad es superior la reprobación que el hecho merece en relación a su autor”¹³⁵.

A este conjunto de explicaciones se le podrían oponer varias objeciones. Una de ellas ya ha sido apuntada antes: supondría partir de un concepto de culpabilidad que no se tiene necesariamente que compartir. Por otra parte, se puede cuestionar que la “actitud rebelde” merezca una mayor sanción o que, en su caso, esto sea admisible en términos constitucionales. Finalmente, como apunta de manera paradigmática RODRÍGUEZ MOURULLO, el haber sufrido un previo proceso y condena ciertamente hace al sujeto “mejor conocedor” de la ilicitud de sus actos, pero ¿no lo son también, acaso, jueces y

¹³¹ En todo caso, lo cierto es que las diferencias entre unas y otras posturas obedecen más a dónde pone el acento cada autor que a la fundamentación ofrecida si esta es valorada en su conjunto. En el fondo, todas estas posturas serían similares en el núcleo esencial de su argumentación.

¹³² En este sentido, muy representativa de este punto de vista es ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981, pp. 671 y ss. Esta autora, rechazando la posición de MIR PUIG (que inmediatamente se verá), sostiene que “[l]a actitud espiritual reflejada en el hecho que se concreta en el rebelde desprecio hacia valores jurídicamente protegidos determina la agravación de la pena por razones de culpabilidad” (p. 672).

¹³³ Así, LATAGLIATA, A. R., *Contribución al estudio de la reincidencia*, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 271 y ss., consideraba que del individuo reincidente se podía predicar una “responsabilidad moral más intensa” debida al recuerdo del proceso y la sanción.

¹³⁴ MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, p. 165. Prosigue luego apuntando que “es correcta la afirmación según la cual el segundo delito cometido por el reincidente (o sea, el delito del ya reo) es objetivamente más grave en cuanto en él se refleja una situación psicológica que no se encuentra en el primer delito cometido por el mismo autor” (p. 167).

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 205.

profesores de Derecho? ¿Merecerían también ellos una mayor sanción por sus delitos en atención al mayor conocimiento de la ilicitud de su conducta?¹³⁶

Por último, y es quizás esta la opción que con más facilidad se acomode con la teoría jurídica del delito dominante, están quienes han tratado de fundar el superior castigo en la mayor ilicitud de la conducta del sujeto reincidente, en su mayor grado de injusto¹³⁷.

¹³⁶ Vid., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 10, números 14 y 15”, p. 742, cuando sostiene que “que tal representación de la punibilidad justifique un aumento de la pena es discutible. Si fuese así, la ley sería inconsecuente al establecer una agravación para el reincidente, y no en cambio, para todas aquellas personas que conocen perfectamente la punibilidad de su obrar (por ejemplo, las distintas clases de profesionales del Derecho)”. En un sentido similar, aunque oponiéndose no exactamente a la advertencia que la condena previa supone de cara a la agravación por reincidencia, sino específicamente a que puedan tomarse en cuenta procesos anteriores sobre los que no ha recaído condena de cara a la individualización de la pena, defiende ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad. Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 156, que dicha teoría “o bien es puramente ficticia, y solo sirve como una burda justificación para una violenta lesión al principio de inocencia, o bien, tomada estrictamente, resultaría aplicable no sólo al autor, sino a todos sus parientes cercanos, o incluso a todos aquellos que participen de uno u otro modo del juicio: fiscales, jueces, defensores, parientes y amigos del procesado tendrían ganada de antemano una mayor pena, pues también ellos conocen en forma efectiva cuáles son las posibles consecuencias de la comisión de un delito”. Todo ello no debe impedir reconocer, sin embargo, que de tales mayores conocimientos sí que se desprenden algunas consecuencias jurídicas, especialmente en lo relativo a la vencibilidad del error de prohibición. De la misma forma en que no parecería, en principio, sensato alegar la existencia de un error de prohibición por parte de quien fue ya condenado por un delito idéntico a aquel por el que ahora es juzgado, poco prometedor parece la vía de alegar un error de esta clase en relación a los delitos cometidos por los propios operadores jurídicos. Ello, sin embargo, merece ser matizado de dos formas: una con una pretensión explicativa general y otra con la constatación de situaciones que, aunque contraituitivas e infrecuentes, se podrían perfectamente llegar a dar. En cuanto a la primera, que el ordenamiento considere plenamente responsable a quien tenga un conocimiento “estándar” de la prohibición (y que, en consecuencia, no castigue más a quien mejor conoce la prohibición) no implica que los niveles de conocimiento inferiores sean, lógicamente, irrelevantes. Así, si los indicios de los que se tratarán de extraer los niveles de conocimiento deben dirigirse a las características personales del autor, parece razonable que en aquellos sujetos a los que se les presume un mayor conocimiento jurídico tal error resulte más difícilmente imaginable. Se puede decir que, de manera sensata, el ordenamiento resulta más exigente en lo que al conocimiento del Derecho respecta con aquellos que deberían conocerlo. De este modo, es cierto que, de forma indirecta, el Derecho considera en ocasiones merecedores de mayor sanción a determinados sujetos en atención al mayor conocimiento de la ilicitud de su conducta. Por otra parte (y entramos así en la segunda vía de matización), no resulta imposible que, en determinadas ocasiones, un sujeto sea más propenso a incurrir en un error cuanto más información tenga. Así, si el lego cree erróneamente, por ejemplo, que A siempre está prohibido, pero el jurista sabe que A está prohibido salvo en lo que respecta a A₁, A₂ y A₃, es más fácil que sea este último el que incurra en un error en lo relativo a la contrariedad al Derecho de A₄. En este sentido, es importante no perder de vista que no siempre tener un mayor conocimiento acerca más a la verdad y que, en ocasiones, la ignorancia puede ser un buen heurístico. El conocimiento genera dudas, mientras que la ignorancia puede ser muy firme.

¹³⁷ De hecho, sugiere MIR PUIG, S., *La reincidencia*, p. 543, que resultaría más razonable partir de una presunción de menor culpabilidad del autor que partir, como hacían las posturas anteriormente descritas, de la hipótesis de la mayor culpabilidad del reincidente. Así, llega a manifestar que “en el proceso de motivación influyen muy diversos elementos, entre los cuales el dato normativo del significado de la condena antecedente se halla compensado con creces por la propia eficacia empírica criminógena del castigo, o, en todo caso, por la mayor facilidad de delinquir producto de la anterior comisión”.

Paradigmático partidario de esta postura ha sido en España MIR PUIG. La idea, someramente planteada, sería que el delito del reincidente es “objetivamente” (sin atender a la culpabilidad del autor) más grave¹³⁸. En otros términos, su delito significa algo distinto.

Por otra parte, no debería sorprender que un mismo acto pueda merecer mayor o menor reproche en atención a quién sea el sujeto que lo lleve a cabo. Así se explican, por ejemplo, los delitos especiales (propios e impropios). Estableciendo un paralelismo, se podría decir que el autor reincidente es un autor especial y por ello la magnitud de su ilícito reviste otras características¹³⁹.

Estas son, pues, las distintas fundamentaciones teóricas que se han ofrecido a esta circunstancia agravante. Pese a ello, y con independencia de la distinta fuerza de convicción de cada una de ellas, es difícil sustraerse a la idea de que lo que en verdad se esconde tras la misma no es más que el intento de tratar más duramente a quien se considera de más difícil (re)socialización¹⁴⁰. Es decir, con independencia de cuál sea la

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 524: “[u]n planteamiento que, sin querer desbordar el marco del acto concreto, esté dispuesto a superar el ahistoricismo de un derecho penal del acto *aislado*, ha de reconocer que el *segundo* hecho, el hecho *repetido*, no posee, en principio, la misma *significación objetiva* que el primero. El segundo añade a la lesión o puesta en peligro que tiene de común con el primero un significado de mayor desprecio por el bien jurídico protegido”. Así, culmina más adelante la argumentación indicando que “el injusto del hecho del reincidente es más grave sólo porque al contenido de específico injusto de que se trate se añade el rebelde desprecio de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro” (p. 533).

¹³⁹ Seguramente quepa interpretar en este sentido a MIR PUIG, S., *La reincidencia*, p. 528, cuando señala para justificar el incremento de pena por reincidencia, aunque más adelante lo critique por insuficiente, que “el específico desvalor del hecho del reincidente no proviene de un *mayor conocimiento*, sea del significado antijurídico de aquel, sea del significado de la condena anterior — mayor conocimiento que puede concurrir también sin sentido agravatorio en no condenados: v. gr. el Juez—, sino de la especial *posición* de quien, habiendo *sentido* ‘en carne propia’ una condena anterior, *vuelve* a delinquir”. Por su parte, MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, (aunque como vimos, fundamenta la admisibilidad de la agravación de la pena en atención a la mayor culpabilidad) indicó que “la situación del individuo al realizar el acto influye en la valoración de la conducta antijurídica; la situación de un sujeto, significativa a los efectos de su futura actividad criminal, varía con la simple comisión de un delito” (pp. 158 y ss.). Profundiza en esta idea después al remarcar que “el ya reo es un delincuente cualificado porque posee notas subjetivas —derivadas de la precedente condena— cualificadas, que lo colocan en una especial situación y le implican un especial deber” (p. 188).

¹⁴⁰ A este respecto es clara ROIG TORRES, M., “La reforma del Código penal en materia de reiteración delictiva”, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 355, cuando señala que “la razón que inspira la agravante es la mayor probabilidad de comisión futura de acciones delictivas que se atribuyen a quien ya ha realizado hechos semejantes, junto con objetivos de prevención especial, procurando a través de una mayor penalidad evitar la repetición del delito”. Vid., igualmente, ROIG TORRES, M., “La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el Anteproyecto de reforma del Código penal”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 19, 2013, p. 22. Es clara también en este

argumentación más convincente, lo que en verdad guía al legislador es un propósito puramente defensivo. En definitiva, lo que se pretende es inocular en mayor medida a aquellos que se manifiestan como particularmente problemáticos (o peligrosos).

Especialmente ilustrativas a este respecto son las palabras del propio Anteproyecto de Reforma del Código penal que antecedió a la LO 1/2015 y que pretendía erradicar la agravación por multirreincidencia y atemperar los efectos penológicos de la agravación por reincidencia. En el mismo se reconoce expresamente que “en las ocasiones en que se cometen delitos por sujetos que revelan una peligrosidad extraordinaria y un riesgo elevado de comisión futura de delitos de mayor gravedad, la agravación de la pena por la peligrosidad de futuro del autor [*sic*], resulta difícilmente compatible con el principio de culpabilidad, que exige una vinculación directa de la gravedad de la pena al hecho concreto por el que se impone”. Ello evidencia que, a ojos del prelegislador, lo que subyace a este tipo de agravaciones no es más que la peligrosidad criminal.

En este sentido, parece que la necesidad de dar respuesta a un fenómeno que se considera preocupante pasa por encima de cualquier consideración técnica o teórica (sean, o no, finalmente conciliables entre ellas). De este modo, se fuerza a la doctrina a dar cumplida respuesta a problemas verdaderamente complejos. Nos encontramos, pues, ante un caso en el que los principios del sistema penal son puestos en tensión no ya por una búsqueda de mayor utilidad político-criminal (desde una perspectiva empírica, francamente cuestionable), sino por un propósito eminentemente expresivo, simbólico¹⁴¹.

1.5. ¿Determinación de la pena concreta?

Otro punto del sistema penal en el que la peligrosidad podría desempeñar un importante papel es el de la determinación concreta de la pena¹⁴². En particular, en lo relativo a la

punto ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 673, cuando señala que, esencialmente, el fundamento de la agravación por reincidencia reside en la agravación de la culpabilidad, pero “se ha tenido también en cuenta a la hora de su incriminación la mayor peligrosidad del agente”. Es cierto que estas manifestaciones las hace la autora a la luz de una legislación ya superada. Sin embargo, son fácilmente extrapolables a la actual.

¹⁴¹ En este sentido, señala QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte General*, Aranzadi, Madrid, 2002, p. 744, que “ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aun a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad”, motivo por el que “el valor simbólico-social de la agravación de la pena pasa pues por encima de cualquier otra consideración”.

¹⁴² Véase, para tomar contacto con dos posturas extremadamente distantes en este punto, por un lado, DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, p. 328, que manifiesta que “la prevención especial positiva (entendida como el fin de la maximización de la no desocialización del reo) no es, desde luego, el único fin de las penas privativas de libertad, pero sí el único atendible directamente como

determinación judicial de la misma¹⁴³. Sin duda, le asiste la razón a DEMETRIO CRESPO cuando manifiesta que “si el sistema de Derecho Penal está marcado por la irracionalidad que deriva de la coexistencia en su seno de dos principios contradictorios como son el principio de culpabilidad y el principio de orientación a las consecuencias o principio preventivo, esta irracionalidad se eleva a su máxima expresión en el terreno de la I.J.P. [individualización judicial de la pena] donde por un lado se tiene que atender a la culpabilidad del autor y a la gravedad del hecho, y por otro, a sus circunstancias personales”¹⁴⁴. Se trata de una dificultad en buena medida preocupante si tenemos en cuenta que, como reiteradamente se señala, es este un ámbito extraordinariamente delicado en el que la irracionalidad de la decisión y el amplio margen de arbitrio que tradicionalmente se le concede al juez pueden ser especialmente perniciosos¹⁴⁵.

factor final en la I.J.P. [individualización judicial de la pena]”. Y, por otro lado, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, *InDret*, n.º 1, 2007, p. 10, quien sostiene que “los factores preventivo-instrumentales, especialmente la prevención especial, sólo pueden operar en el marco de la determinación de la pena entendida en sentido amplio; es decir, no determina la pena adecuada al injusto culpable sino sus posibilidades de sustitución o suspensión”.

¹⁴³ Vid., sobre la distinción determinación legal, judicial y administrativa de la pena, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 759. Vid. también ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, pp. 24 y ss., que se muestra algo crítica con ella cuando sostiene que “semejante separación sólo resulta posible a partir de una simplificación de las cuestiones en juego, incompatible con un sistema jurídico que haya alcanzado cierto grado de desarrollo. Independientemente de que se admitieran amplias facultades administrativas en la ejecución de las penas, resulta hoy evidente que el juez no puede desentenderse de la forma de ejecución de la pena, pues es justamente una parte esencial de ella, que compromete incluso su legitimidad (...) pero lo más inadecuado de la clasificación no es esto, sino la concepción a la que ella responde: la de un legislador que concede al juez una serie de posibilidades para que sea él quien elija a *discreción*, pues sólo él, en forma personal, puede valorar adecuadamente el hecho y el autor”. Admite también las objeciones que cabe efectuar a esta clase de diferenciaciones, pero reconociéndole su carácter didáctico y analítico, BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 39 y ss.

¹⁴⁴ DEMETRIO CRESPO, E., *Individualización judicial de la pena*, p. 32.

¹⁴⁵ A este respecto, argumenta ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, pp. 32 y ss., que “afirmar que existen varias soluciones posibles no puede conducir, por sí, a sostener que todas son correctas, sino que se deben encontrar argumentos que permitan sostener cuál es la solución más adecuada para el fin que se pretende lograr. Esto es especialmente así en materia de determinación de la pena”. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret*, n.º 2, 2007, pp. 3 y ss., considera, por su parte, que el resultado práctico del tradicional (y erróneo) planteamiento de la teoría de la determinación judicial de la pena, en el que se mezclan sin orden claro argumentos directamente vinculados con la propia teoría del delito, la teoría de la pena y fines político-criminales, ha sido el de privar a los jueces “de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre diferencias de pena en años de duración”.

Parece un lugar común decir que la pena concreta debe ser aquella que se ajuste al injusto culpable del autor¹⁴⁶. Pero ni la doctrina ni la propia ley acaban por conformarse siempre con ello y, en todo caso, no resulta fácilmente comprensible cuál ha de ser el modo en el que tal principio cristalice en los casos concretos¹⁴⁷. De hecho, la regulación de nuestro Código penal en la materia no es particularmente precisa y establece que, en caso de no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, los jueces impondrán la pena “en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho” (art. 66.1.6ª CP)¹⁴⁸.

¹⁴⁶ En este punto es clara LLOBET ANGLÍ, M., “¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31, 2015, p. 242, al señalar que “como es sabido, la peligrosidad no es el fundamento de las penas sino de las medidas de seguridad. Por tanto, no puede legitimarse una pena cuya duración sea superior al injusto del hecho cometido con base en el diagnóstico criminal de un sujeto. Está claro que la pena de prisión también cumple una función de aseguramiento, de custodia, pero ésta es proporcional al injusto del hecho realizado, sin que el control pueda llegar más lejos; no al menos bajo la apariencia de una pena”.

¹⁴⁷ Parece que un punto de partida correcto sería el de tratar de llevar a cabo una suerte de “subsunción de segundo orden”. Una vez que el juez ha decidido en qué marco penal se tendrá que discutir la cuestión, debería imponer la pena que se corresponda con la que el legislador le habría asignado de poder precisar lo suficiente. Es decir, se trataría primero de buscar cuál es el marco penal correspondiente (subsunción primera), para intentar luego buscar la pena correspondiente al delito concreto dentro del propio marco (subsunción segunda). Lo explica con claridad ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 37, “si el legislador quiso plasmar casos de diferente gravedad, el juez deberá, en su decisión, identificar cuáles son los casos que pensó el legislador para cada alternativa de pena, y compararlos con el que tiene que juzgar, limitándose, con esto, a buscar la ‘voluntad de la ley’”. Más adelante cuestiona, sin embargo, que sea esta una imagen lo suficientemente exacta, pues (entre otros motivos) el legislador puede decidir razonablemente operar en determinados supuestos estipulando cláusulas generales que permitan al juez incorporar los cambios de valoraciones sociales sobre la gravedad de las diferentes conductas (p. 38). En todo caso, esta forma de proceder podría expresarse del siguiente modo. Para el delito D corresponde la pena de X a 10X. Una vez que sabemos que el delito es de la clase D, hemos de ver la pena que le corresponde. Una teoría como la expuesta pretendería diferenciar entre D₁, D₂, D₃, etc. y asociaría a cada sub-supuesto la pena prevista X, 2X, 3X, etc. El más importante esfuerzo desempeñado en relación con nuestro ordenamiento jurídico, hasta donde se nos alcanza, de suministrar criterios claros que, extraídos de la teoría jurídica del delito, sean útiles para llevar a cabo una operación de esta clase de “subsunción de segundo orden”, se encuentra en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *InDret*, 2007, pp. 10 y ss. Sin embargo, es preciso no perder de vista que el juzgador no necesariamente se hallará “atado” al marco de pena que el legislador le haya previamente suministrado. En este punto resultan en extremo sugerentes las ideas ofrecidas por BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena*, pp. 349 y ss. Según este autor, el juzgador no se encontraría siempre vinculado al marco de pena legislativamente configurado, pues habría de llevar a cabo una primera labor interpretativa que permitiera saber si el injusto enjuiciado revela una lesividad material suficiente como para entender aplicable al menos la más leve de las penas previstas. Adicionalmente, sostiene este mismo autor, se debería rechazar la idea de que las penas comprendidas entre la máxima y la mínima penalidad prevista constituyen una “escala de gravedad continua” reservando a los supuestos de unidad delictiva únicamente los tramos inferiores del marco previsto (p. 314). De este modo, se reconoce la idea de la “subsunción de segundo orden”, pero se matiza en lo que a los extremos de penas máxima y mínima se refiere.

¹⁴⁸ En este contexto, parece difícil equiparar sin más “circunstancias personales” a “magnitud de la culpabilidad” y seguramente sea la expresión “mayor o menor gravedad del hecho” la que de manera más sencilla pueda dar cabida no solo a la magnitud del injusto, sino también a la de la culpabilidad.

Si la peligrosidad criminal del concreto sujeto es algo que pueda encajar en el precepto es algo a lo que la ley no responde con claridad¹⁴⁹.

Ahora bien, es importante señalar cómo el legislador, al referirse a la determinación judicial de la pena imponible a personas jurídicas, sí que hace mención expresa a la peligrosidad criminal cuando dispone que habrá de tenerse en cuenta a la hora de

Dicho de otro modo, el “hecho” globalmente considerado comprendería la parte externa e interna del delito (como quiera que se distribuyan estas y sin excluir probablemente otros factores ajenos a ellas) y las “circunstancias personales” harían alusión a otros elementos de explicaciones diversas. De este modo, lo que el Código penal español dispone para la determinación concreta dentro del marco previamente dado por el legislador no parece responder a una lógica unitaria clara. Esta interpretación nos hace dudar de la sugerente tesis ofrecida por SILVA SÁNCHEZ, J. M., *InDret*, 2007, *passim*. Para este autor, “la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse, ante todo, como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito que, por su parte, debería dejar de ser entendido en general como sistema binario” (p. 5). De este modo, para dicho autor “la teoría del delito se configurará así como un sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el *sí* o *no* de tales merecimiento y necesidad de la pena. Y la teoría de la determinación de la pena como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho implicará, a la vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de la pena” (p. 6). Ello hasta el punto de afirmar más adelante que “no pueden existir factores relevantes para la individualización de la pena (...) que carezcan de un soporte categorial en la teoría del delito” (p. 9). No vemos con claridad los motivos que deberían llevar a ello pese al loable propósito del autor de suministrar pautas mejores y más claras para el aplicador del Derecho. No alcanzamos a entender por qué el legislador no podría considerar otros motivos ajenos a la propia teoría jurídica del delito para concretar la pena a imponer (especialmente cuando supongan una atemperación del rigor punitivo) considerando que factores ajenos a ella puedan ser reputados legítimos. Por supuesto se podría negar este postulado manteniendo que si de verdad son legítimos habrían de ser reconducibles a la teoría jurídica del delito. Sin embargo, nos parece que ello es exigir a esta construcción dogmática demasiado (y de forma no del todo justificada). No consideramos que para ser legítima una finalidad político-criminal deba ser “insertable” en el marco de la teoría jurídica del delito. Más bien al revés, la teoría jurídica del delito, para disfrutar de legitimidad, no debe suponer un lastre para la persecución de los objetivos que el legislador democrático ambicione dentro del marco constitucional. Tratar de reconducir todo aquel motivo que razonablemente pueda incidir en el *quantum* (o, por qué no, el cómo) de la pena a la teoría jurídica del delito puede suponer contribuir a su eventual hipertrofia; una teoría del delito que, además, si pretende dar cuenta de cualquier elemento potencialmente relevante podría poner en peligro su propia sistemática y hacerle perder fuerza ordenadora y explicativa. Consideramos, en definitiva, que se trata de una labor, la de la reconducción de todo factor con incidencia en la cuantificación de la pena a la teoría jurídica del delito, especialmente difícil. Ello lo reconoce el propio SILVA SÁNCHEZ, J. M., *InDret*, 2007, p. 9, cuando apunta que “parece claro que hay múltiples circunstancias del hecho concreto a las que se asigna relevancia cuantificadora y que no tienen una referencia categorial clara. Naturalmente, aquí suele apelarse a la oscura categoría (por muchos ni siquiera aceptada) de la punibilidad. Sin embargo, su propia naturaleza de ‘cajón de sastre’ pone de relieve que se hace preciso un desarrollo (y eventual diferenciación interna) de ésta”. Pero en su dificultad no reside, pese a todo, su mayor problema. Tememos que, aunque tal operacionalización fuera posible, podría suponer mayores costes que ganancias en términos de claridad no solo para la cuestión de la determinación judicial de la pena, sino para la propia teoría jurídica del delito.

¹⁴⁹ Una interpretación histórica del precepto (y de su anterior regulación) lleva a DEMETRIO CRESPO, E., *Individualización judicial de la pena*, p. 303, a sostener que la actual regulación “debe comprender la personalidad del delincuente y, junto a ello, otra serie de factores”. Cuáles sean esos otros factores es, en cambio, algo tremendamente complejo. Conviene destacar, en todo caso, que en opinión del autor citado las necesidades preventivo-especiales no podrían “determinar en sentido agravatorio la cantidad de pena a imponer” (p. 306).

determinar la extensión de la pena “su necesidad para prevenir la continuidad delictiva” (art. 66 bis 1ª a). Se podría entender que, si aquí el legislador ha querido especificar que este aspecto debe tener importancia en el caso concreto de las personas jurídicas y en el caso de las personas físicas no lo ha hecho, es porque no desea que este tipo de cuestiones sean tenidas en cuenta en el segundo supuesto, pero seguramente fuera llevar demasiado lejos el criterio interpretativo sistemático.

La doctrina, por su parte, ha discutido mucho acerca de qué papel debe desempeñar la peligrosidad criminal en este ámbito. La idea básica hoy imperante en el ámbito del Derecho continental es la de que las necesidades preventivo-especiales no pueden llevar a una pena mayor que la permitida en atención al principio de culpabilidad¹⁵⁰. Sin embargo, desde una perspectiva comparada no ha sido esta una tendencia hegemónica. Basta con comprobar el peso que se atribuyó a la peligrosidad criminal en décadas pasadas en el ámbito anglosajón en la individualización de la pena para comprender lo heterogéneo de la situación. De hecho, esto ha llevado a FEIJOO SÁNCHEZ a sostener, creemos que con acierto, que “no es posible entender la teoría de la pena proporcional al hecho si no es en el contexto de su oposición teórica a los efectos perniciosos de una praxis judicial orientada a la prevención especial”¹⁵¹. Fue este un planteamiento jurisprudencial que no tuvo únicamente anclaje en los Estados Unidos (también contó con una importante presencia, por ejemplo, en los países escandinavos o en Reino Unido), pero cuya aplicación allí sí generó la discusión más rica al respecto¹⁵².

¹⁵⁰ Defiende esta idea rotundamente DEMETRIO CRESPO, E., *Individualización judicial de la pena*, p. 259, cuando señala que “el pensamiento del aseguramiento frente al autor (prevención especial negativa) no puede conducir en ningún caso a la imposición de penas superiores a las relativas a la culpabilidad del autor”, entre otros motivos por “la clara y necesaria diferenciación entre penas y medidas de seguridad en los sistemas dualistas”. Además, “tampoco puede justificarse una pena superior a la culpabilidad por motivos de prevención especial positiva, para la consecución de los efectos de un determinado tratamiento, etc. Tales planteamientos, con base en la ideología del tratamiento, cuya piedra angular se halla en la pena indeterminada, han sido rechazados en este trabajo”. Como complemento de lo anterior, cabe señalar que la pena indeterminada (*indeterminate sentence*), de difícil catalogación, se ha encontrado particularmente presente en el entorno anglosajón. Esta institución, funcionalmente muy similar a la mera privación preventiva de libertad (o a nuestras medidas de seguridad para imputables), se diferencia, en opinión de SLOBOGIN, C., “A Jurisprudence of Dangerousness”, *Northwestern University Law Review*, vol. 98, 2003, p. 33, entre otras cosas en que sí ofrece al menos alguna conexión con la idea de culpabilidad. Así, en definitiva, se acercaría más a la prisión permanente revisable.

¹⁵¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *InDret*, 2007, p. 5.

¹⁵² Conviene alertar, en todo caso, de que en la actualidad las consideraciones preventivo-especiales (esencialmente, negativas) han vuelto a cobrar una enorme importancia en el entorno anglo-

Es interesante el planteamiento en relación con todas estas cuestiones de BORJA JIMÉNEZ cuando mantiene que la peligrosidad criminal puede desempeñar un papel en este ámbito. La idea, ahora resumida, sería que, si el legislador tiene en cuenta este factor a la hora de establecer subtipos agravados, no sería descabellado computarlos también dentro del marco penal del tipo básico cuando concurrieran algunos, pero no todos, los elementos del tipo agravado¹⁵³. Ahora bien, la peligrosidad sólo se podría tener en cuenta una vez, pues lo contrario supondría infringir el principio de prohibición de doble valoración en materia de determinación judicial de la pena¹⁵⁴. De manera que, si se valorase ya en un subtipo agravado, no se debería tener en cuenta a la hora de especificar la pena concreta¹⁵⁵. O si se considerase para graduar la extensión de la pena, no cabría ya legítimamente volver a computar la peligrosidad criminal para imponer una medida de seguridad en atención a este motivo¹⁵⁶.

Esta última cuestión resultará de suma importancia en el trabajo que aquí se presenta. Que la peligrosidad criminal ha de ser de algún modo valorada y gestionada por el sistema penal no es discutido. El problema reside, más bien, en determinar cómo, a qué efectos y con qué límites debe serlo. A este respecto, el planteamiento de BORJA JIMÉNEZ resulta de especial interés, pues pone de relieve que admitir la necesidad de responder a la peligrosidad criminal no quiere decir que esto se pueda hacer de varias formas a la vez.

norteamericano, en el que las valoraciones de riesgo están siendo tomadas en cuenta a la hora de determinar la concreta pena a imponer. Vid., al respecto, MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v Loomis*”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 488 y ss.; y, con un planteamiento algo más general, MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia Artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 105 y ss.

¹⁵³ Así, BORJA JIMÉNEZ, E., “Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n.º 87, 2015, p. 150, mantiene que sería admisible el supuesto “en el que el juzgador, sin sobrepasar el límite mínimo y máximo del periodo que se encuentra al final del proceso de determinación de la sanción, no pudiendo aplicar una circunstancia específica o genérica en el caso objeto de su enjuiciamiento, recurre al fundamento que la inspira proyectado sobre la peligrosidad del sujeto para desplazarse más allá del mínimo imponible. Ello sería lícito puesto que se toma en consideración valoraciones propias del legislador como orientación de lo que deba entenderse en la concreta individualización de la pena por ‘gravedad del hecho’ y ‘circunstancias personales del autor’. No se puede crear una agravante específica o genérica analógicamente, y, por tanto, tampoco se puede superar el arbitrio legalmente permitido en la imposición de la pena por el juez. Pero es lícito proyectar los criterios marcados por el legislador en la desvaloración del hecho a través de subtipos agravados o agravantes genéricas (que no concurren en los hechos probados), cuando del relato fáctico se desprende, de forma paralela, la peligrosidad del sujeto”.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 149.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 149.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 151.

No es seguro, sin embargo, que esta consideración derive de la denominada “prohibición de doble valoración” en sede de determinación judicial de la pena. Por un lado, porque por extendida que esté esta consideración (especialmente en Alemania) creemos que su aplicación más radical no disfruta de un fundamento lo suficientemente sólido¹⁵⁷. Por otra parte, y es quizás más importante ahora, porque el correcto enfoque de este problema debería ser uno de carácter más general vinculado a la proporcionalidad en la restricción de derechos¹⁵⁸.

En todo caso, este debate, como se puede fácilmente intuir, resulta especialmente complejo. Y solo se quiere aquí dar cuenta de cómo la peligrosidad criminal vuelve a aparecer en lugares particularmente trascendentes. Este breve epígrafe no pretende, obviamente, ni reflejar la discusión en toda su riqueza ni ofrecer una toma de posición, sino únicamente dar cuenta de otro sector problemático.

1.6. *Prisión provisional*

Hasta ahora hemos podido ver que la peligrosidad criminal se encuentra presente en multitud de instituciones reguladas en nuestro Código penal. Sin embargo, nuestro sistema criminal no se halla completamente regulado en este único cuerpo legislativo y para entenderlo de forma más adecuada es necesario acudir a otras fuentes legales. Entre esas otras fuentes la Ley de Enjuiciamiento Criminal ocupa un puesto primordial y en ella la peligrosidad criminal es un elemento que tiene también, en ocasiones, una vital importancia. Así sucede especialmente con la regulación de la prisión provisional (arts. 502 y ss. LECrim).

¹⁵⁷ Así, creemos que le asiste la razón a BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena*, p. 121, cuando sostiene que el hecho de que “un mismo factor o circunstancia pueda ser valorado en diversos momentos no necesariamente debe implicar una infracción a la prohibición de *ne bis in idem* —así, p. ej., si la doble valoración de un mismo elemento se realizara en favor del condenado y no en su detrimento, o si se efectuara primero a fin de determinar su concurrencia (*sí* de la pena) y luego para determinar su intensidad (*cuánto* de la pena)—”. Más precisamente complementa después esta idea al sostener que “[l]a prohibición de doble valoración, no obstante, no pretende evitar que se examine en sede judicial lo que ya fue objeto de apreciación en sede legislativa, sino que debe entenderse como recurso orientado a no multiplicar *indebidamente* el efecto punitivo de un mismo elemento o circunstancia del delito, cuestión muy diversa a aquella consistente en valorar la *intensidad* de su concurrencia en el caso concreto”.

¹⁵⁸ Vid. *infra*, Capítulo VI, epígrafes VIII y IX.

Los requisitos generales para la adopción de la medida (art. 503 LECrim) son:

- a) Que los hechos presenten carácter de delito penado con más de dos años de prisión (salvo que el condenado tenga ya antecedentes por delitos dolosos, en cuyo caso esto no es necesario).
- b) Que la persona sobre quien se vaya a acordar la prisión provisional parezca a la luz de la investigación penalmente responsable.
- c) Que se persiga alguno de los fines expresamente señalados (riesgo de fuga, riesgo de ocultación o destrucción de pruebas y riesgo de comisión de “nuevos” delitos contra la víctima)¹⁵⁹.

Es en relación con este último punto donde la peligrosidad criminal cobra importancia¹⁶⁰. Uno de esos fines a los que el precepto expresamente alude es, precisamente, el de “evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal”¹⁶¹. Cuando se persigue esta finalidad, además, no rige el requisito de duración de la pena imponible que se exige con carácter general. Y es que, parece claro, la prisión provisional en este supuesto tiene una naturaleza bien diferente a la habitual (o

¹⁵⁹ MARTÍN RÍOS, M. P., *Medidas cautelares personales. Detención, Libertad Provisional y Prisión Preventiva*, Juruá, Lisboa, 2016, p. 146, lo ha expresado de manera muy gráfica al señalar que “con la actual normativa, la prisión provisional puede perseguir cualquiera de los llamados ‘tres peligros’, según la jurisprudencia del TEDH: riesgo de fuga del investigado, necesidad de evitar la reiteración delictiva y peligro de destrucción de pruebas”.

¹⁶⁰ Sin embargo, es cierto también que en relación con el primero de los requisitos se podrían realizar algunas consideraciones vinculadas con la cuestión que ahora nos ocupa. En él se establece como condición general para acordar la prisión provisional que el delito investigado pueda comportar penas de prisión superiores a dos años. Sin embargo, la necesidad de que ello sea efectivamente así se excluye en aquellos casos en los que el sujeto investigado haya sido previamente condenado por delitos dolosos. De este modo, la reiteración delictiva (y puede que también su indebida asociación con la peligrosidad criminal) acarrea un régimen particular de prisión provisional. Con todo, la relación entre la institución analizada y la peligrosidad criminal se ve aquí mediada por el fenómeno de la reiteración delictiva, lo que podría distorsionar el análisis. Por ello, nos conformamos con dejar aquí apuntada la cuestión.

¹⁶¹ Este último precepto citado (art. 173.2 CP) se refiere a “quien sea o haya sido su cónyuge”, a una “persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, a “descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”, a “menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente”, a una “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar” y a “las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

tradicional)¹⁶². La institución estudiada deja de tener aquí la función de garantizar el proceso para asumir el cometido de protección de bienes jurídicos.

De todos los principios que inspiran la adopción de medidas cautelares en el proceso penal el de evitar la comisión de futuros delitos fue el último en ser incorporado en nuestra legislación. Esto no es extraño en el ámbito comparado¹⁶³. Relacionado con ello, BARONA VILAR ha señalado cómo la prisión provisional orientada a la prevención de delitos la acerca peligrosamente a una “pena anticipada” o una medida de seguridad, lo que llega a “producir situaciones que llevan a la quiebra de los más elementales principios constitucionales”¹⁶⁴.

Además, la LECrim, reforzando la idea de que la peligrosidad criminal es importante a la hora de acordar la prisión provisional, añade en su siguiente apartado una finalidad

¹⁶² En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Prisión provisional mínima”, en DA COSTA ANDRADE, M., JOÃO ANTUNES, M. y AIRES DE SOUSA, S. (Coords.): *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Universidad de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 906, ha señalado que “la prisión provisional que evita el riesgo de fuga y la destrucción de pruebas es una medida cautelar, una medida dirigida al aseguramiento del proceso”. Por el contrario, “la prisión provisional que evita la reiteración delictiva tiene una naturaleza bien distinta: es una medida de seguridad. Una medida de seguridad que muestra, a mi juicio, que existen medidas de seguridad predelictuales legítimas, por mucho que la predelictualidad sea aquí *sui generis*: la medida es anterior a la constatación judicial firme de un delito, pero posterior a la comisión probable del mismo”. En todo caso, para comprender de manera más completa esta afirmación, conviene indicar que LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador”, en JORGE BARREIRO, AG. (Coord.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, p. 608, sostiene también que “no puede afirmarse a priori la inconstitucionalidad, la ilegitimidad democrática, de todas las medidas de seguridad predelictivas, con independencia de sus presupuestos, de sus contenidos, de su finalidad, de su procedimiento de aplicación”. En una línea similar, aunque con un carácter marcadamente más crítico que busca sostener precisamente la ilegitimidad de esta institución, señala QUINTERO OLIVARES, G., “Monismo y dualismo. Culpables y peligrosos”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, p. 659, en relación con esta medida cautelar, que “no se puede olvidar que, sea cual fuere el nombre que se le dé, se trata de una medida de seguridad por peligrosidad sin delito”.

¹⁶³ De hecho, tal y como explica CORRADO, M. L., *Presumed dangerous. Punishment, Responsibility, and Preventive Detention in American Jurisprudence*, Carolina Academic Press, Durham, 2013, pp. 7 y ss., lo mismo sucedió en los Estados Unidos a partir de los años ochenta. Y es que, en definitiva, como explica ALBRECHT, H. J., “Pre-Trial Detention in Germany. The Empirical Situation”, en ALBRECHT, H. J. y GUANGZHONG, C. (Eds.): *Coercive Measures in a Socio-Legal Comparison of the People’s Republic of China and Germany*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, 2004, p. 121, las sucesivas reformas a nivel internacional de la regulación de la prisión provisional se mueven en los últimos años siempre entre dos polos: aquel que entiende que la medida de prisión provisional tiene como fin primordial el aseguramiento del proceso y aquel que pretende explotar su potencia preventiva y represiva.

¹⁶⁴ BARONA VILAR, S., “Prisión provisional: ‘solo’ una medida cautelar”, *Actualidad Penal*, n.º 42, 2000, p. 5.

legítima adicional: “evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa *otros* hechos delictivos”. Hablamos ya de hechos delictivos en general y no contra la misma víctima. En caso de que se pretenda dar satisfacción a tal propósito (y siempre que concurren igualmente los dos primeros requisitos señalados: hecho aparentemente delictivo sancionado con pena superior a dos años e indicios de responsabilidad criminal) se podrá decretar también la prisión provisional. Y a tales efectos, señala el propio art. 503.2 LECrim, “se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer”¹⁶⁵.

La doctrina ha sido crítica con la incorporación de estas consideraciones en materia de prisión provisional. Se puede afirmar que en lo relativo a la inclusión de criterios vinculados a la prevención de delitos en este ámbito “su aceptación como fin legítimo de la prisión provisional ha resultado siempre discutida”¹⁶⁶. Así, PUJADAS TORTOSA ha señalado que “al limitar derechos con el fin de evitar la reiteración delictiva se presupone que dicho sujeto ya llevó a cabo una acción delictiva”, por ello, “contravienen claramente la presunción de inocencia las medidas de prevención criminal acordadas durante la pendencia del proceso”¹⁶⁷.

Toda esta discusión ha tenido, por supuesto, también una cierta importancia fuera de nuestras fronteras. En el ordenamiento jurídico alemán, por ejemplo, se pueden apreciar controversias similares. En una primera aproximación, sería posible sostener que la regulación alemana de la prisión provisional (§§ 112 y ss. StPO) y la española se inspiran en idénticos principios. De hecho, lo común en la doctrina alemana es sostener que la adopción de la prisión provisional requiere que se den tres requisitos acumulativos: una

¹⁶⁵ El mismo precepto establece además que el requisito de que el delito se encuentre penado con prisión de más de dos años “no será aplicable cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad”.

¹⁶⁶ Así, GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 165. En un sentido similar se pronuncia también, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Fines legítimos de la prisión provisional”, *Repertorio del Tribunal Constitucional (Aranzadi)*, Tomo IV, 1998, p. 328, cuando señala que “de la tríada de fines que son constitucionalmente legítimos y además congruentes con la medida de prisión provisional, por lo que dotan a ésta del requisito de idoneidad (aptitud, validez), sólo la conjuración del riesgo de fuga parece estar fuera de toda discusión”.

¹⁶⁷ PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 43.

fuerte sospecha de la comisión o participación en el delito, la concurrencia de algunas de las finalidades expresamente reguladas en la StPO y el respeto al principio de proporcionalidad¹⁶⁸. Es esta una lógica que no resulta en absoluto extraña a la de nuestro propio ordenamiento jurídico.

Sin embargo, más allá de la inicial sensación de semejanza, se trata de dos institutos jurídicos regulados de forma muy diferente en uno y otro ordenamiento, de manera que la aparente similitud se disipa en cuanto nos adentramos un poco en la concreta normativa. Así, llama la atención, para empezar, que en el ordenamiento alemán se pretenda respetar el principio de proporcionalidad y, a la vez, no se contemple un límite máximo a la duración de la medida¹⁶⁹. Por otra parte, en cuanto a los motivos que pueden llegar a justificar la intervención, se da también una notoria divergencia, de modo que, si bien allí también se contemplan de forma parecida los motivos vinculados a conjurar el riesgo de fuga y a evitar la destrucción de pruebas, lo cierto es que, en cuanto al resto, quizás valga la pena que nos detengamos brevemente.

Para empezar, hemos de tener presente que su regulación permite adoptar la prisión provisional (insistimos, sin límite temporal alguno) frente a aquellos sujetos de los que se sospeche la comisión de algunos delitos especialmente graves expresamente señalados sin que, literalmente, deba concurrir ningún otro requisito¹⁷⁰. Lógicamente, la doctrina alemana ha sido sumamente crítica con esta variante de la prisión provisional¹⁷¹. Así, por

¹⁶⁸ Vid., entre otros, KÜHNE, H. H., *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8ª ed., C. F. Müller, Fulda, 2010, p. 262; o PAEFFGEN, H. U., “The Law of Pre-Trial Detention”, en ALBRECHT, H. J. y GUANGZHONG, C. (Eds.): *Coercive Measures in a Socio-Legal Comparison of the People’s Republic of China and Germany*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, 2004, p. 139.

¹⁶⁹ En todo caso, señala KÜHNE, H. H., *Strafprozessrecht*, p. 277, que la práctica jurisdiccional en la materia lo que hace es entender que, precisamente por la vinculación de la prisión provisional con el principio de proporcionalidad, lo que procede es dar por finalizada la prisión provisional cuando se alcance el tiempo máximo al que, en caso de condena, se podría privar de libertad al sujeto sospechoso por el delito que se le imputa.

¹⁷⁰ Así se establece en el apartado tercero del § 112 StPO, que contempla esta posibilidad en relación con delitos especialmente graves. La inexistencia de ningún otro requisito legal expresamente exigido es una constante en la doctrina. Vid., en este sentido, ROXIN, C., ACHENBACH, H., JÄGER, C. y HEINRICH, M., *Strafprozessrecht*, 17ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, pp. 53 y ss.; o VOLK, K., *Grundkurs StPO*, 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2008, p. 58.

¹⁷¹ Como muestra de ello, vid. ROXIN, C. y SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 29ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017, p. 245; KÜHNE, H. H., *Strafprozessrecht*, p. 265; o VOLK, K., *Grundkurs StPO*, p. 58.

ejemplo, KINDHÄUSER y SCHUMANN la han catalogado como una suerte de “pena de sospecha” (*Verdachtsstrafe*) extraña al Derecho penal actual¹⁷².

El Tribunal Constitucional alemán tuvo que pronunciarse al respecto (BVerfGE 19, 342, 15/12/1965) y efectuar una interpretación conforme que tampoco ha logrado escapar de las críticas¹⁷³. Según su interpretación, debería admitirse la posibilidad de acordar la prisión provisional en estos casos siempre que no se pudiera descartar que, además de darse este requisito, pudiera concurrir cualquier otro de los supuestos legalmente contemplados. Esto, parece claro, supone una inversión respecto de quién ha de probar qué¹⁷⁴. De manera que ya no será preciso que la acusación acredite en estos casos la existencia de cualquiera de los “requisitos ordinarios”, sino que habrá de ser el sospechoso el que los refute (no se sabe muy bien cómo). Se produce, en definitiva, una flexibilización de los requisitos ordinarios establecidos para que la prisión provisional resulte ajustada a Derecho en estos supuestos y una muy notoria rebaja en la exigencia de su grado de concurrencia¹⁷⁵.

Fácilmente se comprenderá que este haya sido el extremo más duramente criticado por la doctrina alemana. Sin embargo, y aquí entroncamos de nuevo con la discusión española, ello no ha sido óbice para que se haya criticado también (como veíamos que hace nuestra doctrina y por motivos ciertamente semejantes) la adopción de esta medida cautelar cuando su propósito es el de controlar el riesgo de reiteración criminal (posibilidad también prevista en el país germano). Así, se ha dicho que esta posibilidad constituye un “cuerpo extraño” al sistema¹⁷⁶. Ello, entre otras razones, porque desnaturaliza la función

¹⁷² KINDHÄUSER, U. y SCHUMANN, K. H., *Strafprozessrecht*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, p. 136.

¹⁷³ PAEFFGEN, H. U., “Pre-Trial Detention”, pp. 148 y ss., señala, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional alemán rechazó el automatismo, pero aceptó, sin embargo, la idea subyacente al relativizar en tal medida la necesidad de que concurrieran el resto de requisitos. Por su parte, ROXIN, C. y SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht*, p. 245, consideran que más que una interpretación la decisión del alto tribunal alemán constituye una reforma legislativa que no evita que la normativa resulte altamente cuestionable.

¹⁷⁴ Crítico con esta inversión de la carga de la prueba es VOLK, K., *Grundkurs StPO*, p. 58.

¹⁷⁵ En este sentido, VOLK, K., *Grundkurs StPO*, p. 58; KINDHÄUSER, U. y SCHUMANN, K. H., *Strafprozessrecht*, p. 136; y ROXIN, C. y SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht*, p. 245.

¹⁷⁶ ROXIN, C. y SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht*, p. 245. También VOLK, K., *Grundkurs StPO*, p. 58, considera este presupuesto ajeno al sistema (*systemfremd*).

de la prisión provisional, que ha de estar orientada al aseguramiento del proceso, y la convierte en una medida de carácter preventivo-criminal, en el mejor de los casos¹⁷⁷.

Ahora bien, el legislador alemán ha sido mucho más consciente que el español de la excepcionalidad de este criterio (pese a su muy sorprendente actuación en otros ámbitos vinculados a la prisión provisional, como veíamos) y ha establecido, únicamente para él, una limitación temporal. De esta manera, el §122a StPO establece para este supuesto una limitación temporal absoluta de un año. Esta restricción da buena cuenta de que se percibe una cierta preocupación por parte del legislador en lo relativo a este criterio de adopción de medidas cautelares que, quizás indicativa de una mala conciencia, obliga a adoptar precauciones especiales en este ámbito.

Como se puede apreciar, entonces, la peligrosidad criminal desempeña un papel fundamental en lo que a la prisión provisional se refiere en España y fuera de ella. Conjurarla es considerado legislativamente un fin legítimo dentro del régimen general de imposición de la medida cautelar (pese a las importantes dudas de la doctrina) y puede dar cabida a ciertas modulaciones del mismo en determinados supuestos.

1.7. *Prisión permanente revisable*

La última institución en la que nos detendremos brevemente y en la que la peligrosidad criminal del sujeto cobra una gran importancia es la de la prisión permanente revisable. Poco importan para este estudio los antecedentes históricos de la institución o de sus equivalentes funcionales¹⁷⁸. Tampoco resulta especialmente relevante ahora comprobar si su inclusión respondía, o no, a una auténtica demanda social¹⁷⁹. Sin embargo, sí tiene cierto interés resaltar que, a diferencia de lo que ha sucedido en países de nuestro entorno

¹⁷⁷ Así, KÜHNE, H. H., *Strafprozessrecht*, p. 266. En idéntico sentido, también, KINDHÄUSER, U. y SCHÜMANN, K. H., *Strafprozessrecht*, p. 137; y ROXIN, C. y SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht*, p. 246.

¹⁷⁸ Sobre esta interesante cuestión, vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 43 y ss. y ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Madrid, Iustel, 2016, pp. 42 y ss.

¹⁷⁹ Vid., sobre esta cuestión, MIRÓ LLINARES, F., “La demanda social de la prisión permanente revisable: ¿Premisa fundada? ¿Argumento irrelevante? ¿Razón suficiente?”, *La Ley Penal*, n.º 138, 2019, pp. 5 y ss., que considera sumamente deficientes los estudios que pretenden avalar la idea de que exista una verdadera demanda ciudadana de tal reacción penal. Llega a sostener el citado autor, de manera convincente, que a este respecto “no existen evidencias científicas serias” (p. 12).

jurídico-cultural más próximo, la aparición de la cadena perpetua en el Código penal español responde a una marcada deriva punitivista¹⁸⁰. En consecuencia, frente a lo que sucede en países como Alemania, donde la cadena perpetua responde en algún grado a un propósito, por así llamarlo, “humanitario”, en el caso español surge con la intención de responder de forma más intensa frente a determinados autores a los que se les (pre)supone una mayor peligrosidad derivada de los delitos cometidos¹⁸¹. Son estos supuestos, además, donde se impondrá, y esto ha sido duramente cuestionado por la doctrina, de forma preceptiva, sin que se contemple, en ningún supuesto, pena alternativa alguna¹⁸².

¹⁸⁰ Así, en otros países, la prisión permanente revisable surge para sustituir (atenuar) la pena de muerte que previamente se hallaba contemplada, no para agravar la intensidad del arsenal represivo con el que cuenta el Estado (y en ocasiones también en un segundo paso para matizar una cadena perpetua concebida originalmente de modo irrestricto). Vid., al respecto, CANCIO MELIÁ, M., “La pena de cadena perpetua (‘prisión permanente revisable’) en el Proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, n.º 8175, 2013, p. 6, que señala con claridad que “los ordenamientos europeos a los que se refiere el Proyecto vienen reduciendo una pena tradicional en sus ordenamientos (y que en muchas ocasiones sustituyó a la pena de muerte), restringiendo su alcance, hasta que de la reclusión perpetua o de por vida queda hoy poco más que el nombre. Ningún país europeo de los mencionados ha introducido la pena de prisión permanente en las últimas décadas. España, por lo tanto, irá en la dirección contraria a la evolución de nuestro entorno si introduce esta pena”.

¹⁸¹ En todo caso, como señala ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable*, p. 123, para una correcta comparación entre el supuesto español y otros del entorno (cuya simple existencia se ha ofrecido en ocasiones como argumento para justificar la incorporación de esta sanción al ordenamiento) “parece que no pueden desconocerse cinco datos: la trayectoria histórica y la presencia más o menos continua de estas penas en esos códigos penales; el catálogo de delitos para los que ha sido dispuesta; el momento en el que se prevé llevar a cabo la revisión; los requisitos para concederla (más o menos objetivados); así como la duración temporal de la pena privativa de libertad a la que superan esas cadenas perpetuas”.

¹⁸² Así, CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua*, pp. 187 y ss., considera “especialmente preocupante” el hecho de que siempre que aparece la prisión permanente revisable como sanción se encuentre prevista como pena única “lo que anula cualquier arbitrio judicial, limitando las operaciones de determinación judicial de la pena y generando serios problemas de compatibilidad con los principios penales”. En un mismo sentido se pronuncia LÓPEZ LORCA, B., “La prisión permanente revisable: naturaleza, ámbito de aplicación y modelo penológico”, en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.): *Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 588. En todo caso, es igualmente llamativa la selección de los delitos efectuada por el legislador para imponer la prisión permanente revisable, pues no es del todo sencillo alcanzar claridad con respecto a cuáles sean los criterios que han guiado la selección. De hecho, se podría pensar con PEÑARANDA RAMOS, E., “Informe crítico sobre la reforma de los delitos de asesinato, homicidio y lesiones en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.): *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del Código penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 99, en relación con los delitos contra la vida, que se ha introducido la prisión permanente revisable “no porque haya casos especialmente graves del asesinato en los que esta pena resulte merecida y necesaria, sino más bien al revés: precisamente porque habían tomado previamente la decisión de establecer esa pena se han visto obligados a buscarle un propio ámbito de aplicación y, con ese propósito, han tratado de señalar algunos supuestos de asesinato en los que pudiese resultar plausible su imposición”. En idéntico sentido, CANCIO MELIÁ, M., *Diario La Ley*, p. 5. En esta línea crítica señala ACALE SÁNCHEZ, M., *La*

La prisión permanente revisable constituye casi con seguridad, por estos y otros motivos, la reforma más criticada de entre las introducidas por la LO 1/2015. Nuestro objetivo aquí no es sumarnos a estas críticas, sino poner de relieve simplemente la forma en que el “pronóstico favorable de reinserción social” se erige en elemento esencial de la revisión de la cadena perpetua¹⁸³. El pronóstico de peligrosidad presenta aquí especial relevancia porque “una vez transcurridos los períodos mínimos de cumplimiento el mantenimiento de la persona en prisión se debe única y exclusivamente a razones de peligrosidad (...), de modo que la incorrecta apreciación de ésta última priva de toda base legitimadora a la prolongación de la privación de libertad”¹⁸⁴.

Precisamente por cuestiones como estas, la constitucionalidad de esta nueva institución, según un punto de vista muy generalizado, “depende fundamentalmente” de cómo se conciba y articule la revisión periódica¹⁸⁵. Nuestro Código penal en este punto es

prisión permanente revisable, p. 150, que “no puede afirmarse que los delitos que han pasado a castigarse con penas de prisión permanente revisable, hayan sido precisamente los que estaban castigados con penas de prisión superior a 20 años, en la medida en que la rebelión del artículo 473 sigue castigándose con pena de 25 a 30 años”. En sentido similar, GARCÍA RIVAS, N., “Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.): *Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 645.

¹⁸³ Para una crítica más detallada sobre la (in)constitucionalidad de esta institución, vid., especialmente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., y MARTÍNEZ GARAY, L., “Dictamen sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable”, en ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y PÉREZ MANZANO, M. (Eds.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2016, pp. 17-82. A ello habría que añadir que, como acertadamente ha puesto de relieve MIRÓ LLINARES, F., *La Ley Penal*, p. 3, la legitimidad de la prisión permanente revisable no depende solo (aunque, por supuesto, también) de su constitucionalidad, sino además de su necesidad y funcionalidad. En definitiva, la constitucionalidad de una institución es condición necesaria, pero no suficiente, de su legitimidad.

¹⁸⁴ Así, MARTÍNEZ GARAY, L., “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y PÉREZ MANZANO, M. (Eds.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2016, p. 156.

¹⁸⁵ En este sentido, MARTÍNEZ GARAY, L., “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, p. 151. De manera parecida se pronuncia SOLAR CALVO, M. P., “¿Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoración de la cuestión a la luz de la prisión permanente revisable”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 71, 2018, pp. 319 y ss. y 340. Resulta también en buena medida paradójico que, como señala ACALE SÁNCHEZ, M., “Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario”, en ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y PÉREZ MANZANO, M. (Eds.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2016, pp. 163 y ss., el legislador deposite su confianza en el denostado recluso “de quien espera que arrepintiéndose y colaborando con él, se convierta en su aliado, salvando por él la constitucionalidad de la propia pena”. Vid., en similar sentido, SOLAR CALVO, M. P., *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, pp. 325 y ss. En todo caso, como límite claro a la constitucionalidad de los parámetros de revisión, se encontraría el llamado “derecho a la esperanza” (*right to hope*). Como explica DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Penas de prisión de larga duración: eficacia versus legitimidad, determinación versus

relativamente claro. Así, para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable se exigen tres requisitos: que el condenado haya cumplido (salvo casos excepcionales donde el plazo puede ser mayor) 25 años de prisión, que se encuentre clasificado en tercer grado y que se pueda predicar de él un pronóstico favorable de reinserción¹⁸⁶.

Como plásticamente ha expresado ACALE SÁNCHEZ, “más o menos parece que se le está pidiendo al penado que presente proactivamente pruebas convincentes de que se ha reinsertado, mientras que la propia prisión ha adoptado durante toda la ejecución de la ‘prisión permanente’ una posición pasiva muy cómoda, voyerista, limitándose a observar el esfuerzo que, en su caso, decida hacer aquél para recuperar su libertad: el Tribunal se limitará, como si fuera un Notario, a dar fe de ese esfuerzo”¹⁸⁷.

Cuestión discutible es, por otra parte, cuáles deberían ser los elementos que merecerían ser tomados en consideración para efectuar tal pronóstico, algo en absoluto trivial. El Código penal establece en este punto que el tribunal habrá de valorar “la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas” (art. 92.1.c CP). Esta regulación ha sido criticada desde diferentes perspectivas¹⁸⁸. Así, para unos presta demasiada atención a factores

ejecución”, en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.): *Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 61, esta exigencia, dimanada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podría resumirse en que “debe proporcionarse a los internos una perspectiva realista de puesta en libertad, lo que, en última instancia, reconoce el derecho a la dignidad de todo tipo de internos”. Por otra parte, el propio proceso de revisión no se encuentra libre de objeciones. Así, se pueden encontrar críticas a este en CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua*, p. 220, por considerarlo “complejo e incierto por carecer de criterios claros de actuación”, lo que razonablemente generará inseguridad e indefensión en el penado.

¹⁸⁶ Obsérvese, en todo caso, que a diferencia de lo que suele suceder a lo largo del Código penal no se exige aquí un juicio de pronóstico de carácter negativo (uno que pudiera decir algo así como: “el sujeto no es peligroso”), sino uno de carácter positivo (que se podría condensar en: “el sujeto es inocuo”). La diferencia no es en absoluto baladí, pues al cambiar el objeto de prueba (que pasa de ser la “peligrosidad” a ser la “inocuidad”) se desplazan también las dificultades probatorias de una parte a otra (dificultades a las que en el primer supuesto se enfrenta quien quiera sostener la prolongación de la privación de libertad y con la configuración vigente en nuestro Código penal recaen sobre el sujeto condenado).

¹⁸⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., “Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable”, p. 167.

¹⁸⁸ Vid., para un planteamiento crítico de toda esta regulación, SOLAR CALVO, M. P., “Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, *Diario La Ley*, n.º 9166, 2018, pp. 4 y ss.

concurrentes en el momento de la comisión del delito (o incluso previos), respecto de los cuales, lógicamente, poco se podrá hacer 25 años después¹⁸⁹. Otros, por el contrario, consideran que se concede demasiada importancia al comportamiento del recluso durante la condena, lo que permite una posible manipulación de carácter represivo¹⁹⁰.

En todo caso, poner el acento sobre unos u otros elementos no es una cuestión puramente técnica, sino que se vincula estrechamente a la propia concepción de la prisión permanente que se maneje. Así, quien considere que los factores a valorar son preferentemente aquellos que se concretaron ya en la comisión del hecho remarcará el componente de pena de la institución (la duración vendrá fundamentalmente condicionada, para bien y para mal, por la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor). En cambio, quien ponga el acento en factores vinculados a la personalidad del penado que desde entonces se ha forjado y su comportamiento reforzará el componente asegurativo de la institución (la duración se encontrará condicionada prioritariamente por el pronóstico de peligrosidad).

En relación con ello, se debe poner de relieve también algo que a lo largo de esta investigación tendrá cierta importancia. Sucede que, en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, no resulta sencillo establecer cuál es la “verdadera naturaleza” de la prisión permanente revisable, pues, como algunos autores han apuntado, participa de una lógica híbrida entre la que sería propia de las penas (hasta el período mínimo de cumplimiento) y la que se hallaría vinculada a las medidas de seguridad (a partir del momento en que la privación de libertad no depende del delito previo, sino del pronóstico de peligrosidad)¹⁹¹. De hecho, probablemente por esto resulte tan cuestionable que a la suspensión de la prisión permanente revisable, en atención al pronóstico favorable de

¹⁸⁹ Vid., entre otros, CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua*, pp. 216 y ss.

¹⁹⁰ Vid., entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable*, p. 187.

¹⁹¹ Vid., entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable*, pp. 37 y ss. y p. 210; MARTÍNEZ GARAY, L., “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, p. 160 y PASTOR MUÑOZ, N., “Imputables peligrosos: reflexiones sobre la legitimidad de la reacción jurídico-penal frente a sujetos peligrosos autorresponsables”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, p. 1486. FIGUEIREDO DIAS, J., “Sobre el sistema ‘tendencialmente monista’ o del ‘monismo práctico’ de las reacciones criminales”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, p. 936, de manera análoga, sostiene que esto mismo sucede con la “pena relativamente indeterminada” portuguesa.

reinserción, pueda seguir luego (y, en principio, así está legalmente previsto) la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada¹⁹². Da la sensación, así, de que nunca se deja de valorar la peligrosidad del penado y se privará a este, en todo caso, de libertad, aunque de diversos modos y con distintas intensidades, de forma indefinida¹⁹³.

Finalmente, y estrechamente vinculado con el proceso de revisión, cabe destacar que, aunque la ausencia de peligrosidad legitime (cuando concurren los otros requisitos) la suspensión de la pena perpetua, su aparición sobrevenida puede hacer que dicha decisión sea revocada. De manera que la peligrosidad jugará un papel fundamental para el mantenimiento y cese de la prisión perpetua, pero también de cara a su reanudación¹⁹⁴. Y no solo eso, sino que, dependiendo de cómo caractericemos el concepto de peligrosidad (o, más precisamente, de qué factores vayan a ser tomados en consideración para su pronóstico), algo sobre lo que nos detendremos con mayor detalle más adelante, será posible que la revocación de la suspensión no dependa de una determinada acción o actitud del sujeto, sino de un cambio sobrevenido completamente independiente de la voluntad del condenado¹⁹⁵. Esto pasará si, por ejemplo, se considera que estar laboralmente empleado reduce el riesgo de reiteración delictiva y el sujeto, sin mediar culpa alguna por su parte, es despedido por dificultades económicas empresariales de su centro de trabajo.

¹⁹² Apuntan esta cuestión ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable*, p. 174 y CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua*, p. 242.

¹⁹³ Vid., a este respecto, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “Las medidas de seguridad”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.): *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2019, p. 281.

¹⁹⁴ Llama la atención, entonces, que un presupuesto, como veremos, de muy difícil determinación desempeñe un papel tan esencial en la regulación de una institución sumamente controvertida, vid. al respecto, MARTÍNEZ GARAY, L., “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, pp. 155 y ss. Lo discutible de la propia prisión permanente revisable (mucho) y la cuestionable fiabilidad de los pronósticos de peligrosidad generan una situación muy propicia para la crítica.

¹⁹⁵ Muy clara al respecto es CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua*, p. 225 y ss., cuando sostiene que “este es un supuesto totalmente ambiguo ya que no precisa la forma de evaluar la ausencia de peligrosidad, ni qué circunstancias pueden ser relevantes, porque muchas no dependen de la voluntad del sujeto, por ejemplo las laborales, familiares o sociales, por eso debe haber una estricta motivación de las razones que llevan al juez a revocar la revisión ya concedida, sin permitir referencias generales a la peligrosidad no contrastadas, ni fundamentadas en criterios objetivos”.

2. ¿Castigo de la peligrosidad?

Como hemos visto hasta ahora, la peligrosidad criminal se encuentra presente en muy distintas facetas del ordenamiento jurídico-penal. No sólo eso, sino que parece que esta adquiere además un rol cada vez más importante. Pese a ello, es casi unánime el acuerdo por el que se mantiene que la peligrosidad en sí misma no puede ser concebida como una razón legítima para la sanción. Es decir, y simplificando mucho el debate, no se puede castigar a alguien por el mero hecho de ser peligroso.

GÓMEZ MARTÍN lo ha expresado con claridad al sostener que “a estas alturas de la evolución del pensamiento jurídico-penal, resulta ocioso preguntarse si el Derecho penal debe prohibir conductas o personalidades antijurídicas. Esto es, si el Derecho penal de una sociedad como la nuestra debe ser un Derecho penal ‘del hecho’ o un ‘Derecho penal’ de autor. Es evidente que, desde la perspectiva de la política criminal de un Estado democrático, la cuestión que acaba de ser planteada solo puede ser contestada de un modo: el Estado solo está legitimado para intervenir penalmente para castigar hechos, nunca meros pensamientos, personalidades, caracteres o voluntades no manifestadas externamente. Desde que la ilustración consagró el principio ‘*cogitationis poenam nemo patitur*’, en virtud del cual nadie puede ser castigado simplemente por sus pensamientos, sus ideas, su personalidad, su carácter o su forma de ser mientras la voluntad del sujeto no se exteriorice mediante la realización de actos, como uno de los principales límites del *ius puniendi* en un Estado democrático, nadie cuestiona seriamente que nuestro Derecho penal deba consistir en un Derecho penal que prohíba conductas, y no ‘formas de ser’ o ‘formas de pensar’”¹⁹⁶.

Este aparente acuerdo no es tal, sin embargo, en el ámbito anglosajón, donde son varios los autores que mantienen que, de una u otra forma, es posible hacer responder penalmente a un sujeto por su propia peligrosidad. En este sentido se han manifestado, de forma particularmente clara, DIMOCK, MORSE o HUSAK. A continuación, expondremos muy brevemente las líneas generales de sus posiciones para poder entender mejor el estado de la cuestión en el entorno jurídico anglosajón; situación que, en contra de lo que cabría esperar, no dista tanto de la continental como a primera vista pudiera parecer.

2.1. La postura de DIMOCK

Esta primera autora propone la creación de un nuevo tipo penal que sancione el “ser de forma persistente un delincuente peligroso violento” (*being a persistent violent*

¹⁹⁶ GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 328.

dangerous offender)¹⁹⁷. DIMOCK reconoce que el *actus reus* (elemento objetivo) del delito no respetaría el principio del hecho (*act requirement*), pero exigiría, en compensación, la prueba tanto de un patrón de delincuencia violenta pasada (que no pudiera explicarse en atención a circunstancias excepcionales), como la de una probabilidad real de cometer delitos graves¹⁹⁸. Por su parte, la *mens rea* (elemento subjetivo o culpabilístico) del mismo se vería satisfecha con la constatación de que el sujeto fuera consciente del peligro que supone para otros cuando se encuentra en libertad¹⁹⁹. El castigo por la comisión de este delito sería la privación de libertad deambulatoria durante un máximo inicial de un año, pero que podría ir prorrogándose indefinidamente en caso de persistir la peligrosidad del sujeto²⁰⁰.

DIMOCK asume que el tipo que propone constituye un delito de estatus. Pese a ello (y amparándose en algunas de las ideas de HUSAK en las que nos detendremos más adelante), considera que esto no supone por sí mismo inconveniente alguno. Lo ilegítimo no sería castigar algo que no fuera un acto exteriorizado, sino castigar lo que no fuera controlable por el autor (lo que no sucedería, en su opinión, con la construcción del delito que ofrece)²⁰¹. Dicho de otra forma, sería legítimo castigar a quien supone un peligro (aunque no se manifieste por sus propios actos) que podría ser erradicado por el propio sujeto.

Desde su perspectiva y ahondando ahora en el sustrato filosófico de esta prohibición, mantiene la autora que “el contractualismo puede establecer un deber de no ser ni parecer peligroso para los demás. La justificación de este deber de no ser peligroso para los demás es relativamente simple: ser peligroso es representar un riesgo irrazonable de graves perjuicios para el resto, el de infligirles daño. Desde el momento en el que tenemos el deber de no producir daños irrazonables a los demás, tenemos el deber de no ser peligrosos”²⁰². Asume la autora que puede resultar más sencillo justificar el deber de no

¹⁹⁷ DIMOCK, S., “Criminalizing Dangerousness: How to Preventively Detain Dangerous Offenders”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 9, n.º 3, 2015, p. 538.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 541. Peligrosidad que, luego se matiza, no debe ser entendida como un pronóstico de futuro, sino como una cualidad actual, p. 545. En lo relativo a la delincuencia pasada, mantiene DIMOCK que se requerirían dos condenas diferentes que supusieran penas de prisión superiores a los 4 años cada una (p. 542).

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 542.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 542.

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 543.

²⁰² *Ibíd.*, p. 553.

ser peligroso que el deber de no parecerlo, pero sostiene que el segundo también se encuentra fundamentado. Así, “parecer peligroso es actuar de tal forma que se genera un miedo razonable en los otros de que alguien provocará culpablemente graves e injustificadas lesiones corporales o la muerte de otros. Si alguien me amenaza con una pistola en el transcurso de un robo, viola no solamente mi derecho de propiedad, sino también el deber de no parecer peligroso”²⁰³.

2.2. *La postura de MORSE*

Por su parte, MORSE defendió en su momento una propuesta semejante. Igualmente, propuso la tipificación de un nuevo delito. En todo caso, no nos detendremos mucho en su propuesta por dos motivos. En primer lugar, por lo breve de la misma (que apenas consta de un par de páginas). En segundo lugar, porque ha pasado bastante tiempo desde que fue formulada por primera vez y, salvo error por nuestra parte, esta no ha sido retomada por el autor, lo que hace dudoso que, dado el tiempo transcurrido y la discusión habida al respecto, siga manteniendo la misma idea en la actualidad.

La justificación de la tipificación de este novedoso delito sería que “nadie tiene derecho a causar daños a otros de forma injustificada y las personas que son conscientes del riesgo extremadamente alto que suponen tienen el deber moral de evitar lesiones injustificadas tomando medidas preventivas. Como en La Odisea, tienen el deber de atarse al mástil. La omisión de medidas apropiadas bajo determinadas circunstancias supone la infracción culpable de un deber moral que pone en peligro a los demás y justifica la criminalización y el castigo”²⁰⁴. Los elementos del nuevo crimen serían: la existencia de una condena previa por un delito violento grave, la conciencia de suponer un peligro grave y la no adopción de medidas tendentes a neutralizar dicho peligro²⁰⁵.

2.3. *La postura de HUSAK*

Finalmente, desde una perspectiva algo distinta, HUSAK ha reiterado que las conductas que conducen a la detención preventiva de sujetos peligrosos pueden ser consideradas en sí mismas delictivas y que, en consecuencia, los internamientos que se imponen pueden

²⁰³ *Ibíd.*, p. 553.

²⁰⁴ MORSE, S. J., “Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention”, *Boston University Law Review*, vol. 76, 1996, p. 152.

²⁰⁵ *Ibíd.*, p. 152.

ser considerados penas²⁰⁶. Es esta una opinión que no sólo considera más correcta, sino también la “estrategia más prometedora y honesta” para justificar la detención preventiva²⁰⁷. Como se puede apreciar, no se trata tanto aquí de tipificar nuevas conductas como de sostener que *de facto* ya son conductas punibles algunas que generalmente son consideradas meros requisitos para el internamiento.

Tal y como señala el autor, su postura puede ser objeto de dos tipos de críticas distintas: conceptuales y normativas. El primer grupo de críticas se dirigiría a negar que el internamiento que traiga causa de la peligrosidad de un sujeto pueda ser conceptualizado como “castigo”²⁰⁸. Con este tipo de críticas estamos muy familiarizados en la discusión continental. El debate se focaliza en cómo distinguir aquello que es castigo de aquello que, aun pudiendo parecerlo a primera vista, en el fondo no lo es. En este punto HUSAK rechaza las objeciones puramente formales que se le pudieran hacer (la conducta no está expresamente tipificada como delito y el procedimiento existente para la imposición del “castigo” no satisface las garantías necesarias) con el argumento, en buena medida correcto, de que “cualquier problema creado por la legalidad es, al menos en principio, fácilmente rectificable”²⁰⁹. En definitiva, no se trata de una cuestión de nomenclaturas, sino de contenidos²¹⁰.

Las otras críticas de carácter conceptual se centrarían en que solo se puede castigar por un comportamiento pasado y en que el castigo no supone solo la imposición de un mal que conlleva censura, sino además la voluntad de que así sea. En relación con el primer obstáculo para su teoría, el autor mantiene que no se castigaría un hecho futuro, sino una cualidad presente (el ostentar en el momento concreto una serie de características desvaloradas)²¹¹. En relación con el segundo, HUSAK manifiesta que, por ejemplo, cuando

²⁰⁶ HUSAK, D., “Preventive Detention as Punishment?”, en ASHWORTH, A., ZEDNER, L. y TOMLIN, T. (Eds.): *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 178.

²⁰⁷ *Ibíd.*, p. 179.

²⁰⁸ *Ibíd.*, pp. 180 y ss.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 182.

²¹⁰ Así, mantiene HUSAK, D., “Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishment”, *San Diego Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1183, “si la detención preventiva es calificada como castigo de acuerdo con nuestro mejor entendimiento de la naturaleza del castigo (...) se sigue que las reglas para autorizarlo son parte del Derecho penal estatal incluso cuando de hecho no se caracterice como tal”.

²¹¹ HUSAK, D., “Preventive Detention as Punishment?”, p. 184. En esta línea también se manifiestan MILLER, M. y MORRIS, N., “Predictions of Dangerousness: An Argument for Limited Use”, *Violence and Victims*, vol. 3, n.º 4, 1988, p. 272. Estas posturas, en definitiva, diagnostican la peligrosidad (un

de terroristas se trata es probable que el Estado tenga específicamente un “propósito punitivo” en el internamiento de estos sujetos²¹². Aunque, en todo caso, se cuida mucho de asegurar que aquí no pueden darse respuestas unívocas, pues cada sistema de detención puede orientarse a finalidades distintas²¹³.

El segundo grupo de objeciones a las que su postura debe, en su propia opinión, hacer frente se centran en la posible justificación de este castigo²¹⁴. Y ello porque, como el propio autor reconoce, “incluso si la detención preventiva puede ser castigo, podría no estar justificada en cuanto tal”²¹⁵. Es en este punto en el que, de nuevo, ante la acusación de que este tipo de consideraciones puedan ser constitutivas de un delito de estatus el autor sale del paso manteniendo que “lo que los teóricos habitualmente consideran como el principio del hecho (*act requirement*) en Derecho penal está mejor construido como un diverso pero conectado conjunto de principios normativos diseñado para asegurar que las personas tienen control sobre un estado de cosas por el que se les castiga”²¹⁶. Algo estará bajo el control del sujeto “en la medida en que él o ella sea capaz de cambiarlo a través de un ejercicio de razonamiento práctico. Nadie debe ser castigado por lo que está más allá de su control y cualquier esfuerzo para evidenciar que la detención preventiva quizá sea un castigo merecido debe preservar este principio fundamental”²¹⁷. Mientras se respetara este límite no existiría, en principio y desde su perspectiva, el problema de legitimidad que algunos le achacan.

Una última cuestión sobre la que merece detenerse en relación al planteamiento de HUSAK es la relativa a cuál deba ser la duración de la sanción a imponer. En este punto el autor

estado actual), no pronostican ulteriores delitos (eventos futuros). Críticos con él se muestran VIVES ANTÓN, T. S. y CUERDA ARNAU, M. L., “Estado autoritario y adelantamiento de la ‘línea de defensa penal””, en MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, p. 372, cuando manifiestan que “ciertamente, el castigo de un estado o condición carecería de cualquier justificación racional y es poco concebible que un legislador medianamente sensato llegue a tales extremos, aunque, como bien se ha dicho, determinadas concepciones de la peligrosidad pueden conducir a eso si se llevan coherentemente a sus últimas consecuencias”.

²¹² HUSAK, D., “Preventive Detention as Punishment?”, p. 187.

²¹³ *Ibíd.*, p. 186.

²¹⁴ *Ibíd.*, pp. 187 y ss.

²¹⁵ *Ibíd.*, pp. 188.

²¹⁶ *Ibíd.*, pp. 189.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 190.

reconoce ofrecer una “respuesta más insegura” al defender que se estaría cometiendo un nuevo delito en cada momento en el que se siga siendo peligroso. De forma que “el merecimiento de castigo de estas personas es continuo, pervive en tanto él o ella sigan exhibiendo las características que predicen el futuro daño”²¹⁸.

2.4. *Precisiones a las tres posturas descritas*

Es inevitable que quien observa este tipo de argumentaciones imbuido por la tradición del Derecho penal continental se deje llevar por la sorpresa y por un sentimiento, en alguna medida fundado, de rechazo. Sin embargo, como a menudo sucede, la realidad no es tan sencilla como aparenta. Las tres propuestas brevemente descritas se inspiran (y, además, así lo señalan abiertamente) en la pretensión de poner coto a una actividad represiva desmedida. De hecho, la finalidad principal de sus argumentos es la de extender las garantías y limitaciones propias de las penas a “medidas de seguridad” anglosajonas particularmente intrusivas como el *civil commitment*²¹⁹. Se trata de medidas de seguridad que pueden suponer (en cierto paralelismo con la custodia de seguridad alemana) la privación de libertad posterior a la pena de un sujeto declarado plenamente responsable en atención a la especial peligrosidad que presenta²²⁰. En este sentido, DIMOCK sostiene que la creación del tipo delictivo que propone requeriría de garantías tales como la del usual estándar probatorio del proceso penal, de un proceso justo, etc. Además, la aplicación de su propuesta conllevaría un elevado grado de determinación y una mayor proporcionalidad que la que habitualmente ofrecen las leyes que sancionan a los delincuentes habituales²²¹. MORSE, por su parte, manifiesta que, la pura detención preventiva se encuentra injustificada (y ello le lleva a tratar de articular un reproche que atienda a otras razones)²²². Y, finalmente, HUSAK defiende que en caso de implementarse su propuesta “estos cambios mejorarían la detención preventiva, haciéndola más humana y aceptable”²²³.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 193.

²¹⁹ Para mayor detalle acerca de esta institución, vid. *infra*, Capítulo VI, epígrafe IV.

²²⁰ *Vid. infra*, Capítulo VI, epígrafe IV.

²²¹ *Vid. DIMOCK, S., Criminal Law and Philosophy*, p. 538.

²²² MORSE, S. J., *Boston University Law Review*, p. 154.

²²³ HUSAK, D., *San Diego Law Review*, p. 1174.

Resulta evidente, pues, especialmente a la luz de las ideas de los tres autores descritos, que le asiste la razón a MARTÍNEZ GARAY cuando señala que uno de los rasgos esenciales de la moderna política criminal contemporánea es la intensa conexión entre prevención y castigo²²⁴. La discusión, entonces, se centra no solo en saber qué debemos hacer con los sujetos imputables y peligrosos, sino en algo todavía más importante: determinar qué es lo que ya estamos haciendo.

2.5. *La discusión en España: La postura de PASTOR MUÑOZ*

En el ámbito continental (y particularmente en España) estos tipos de postulados son, en principio, generalmente rechazados²²⁵. PASTOR MUÑOZ, sin embargo, supone una notable excepción a este estado general. Dicha autora ha sostenido matizadamente que en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones la peligrosidad criminal subjetiva puede ser un motivo lícito para la punición.

En definitiva, la autora ha mantenido que, para determinados supuestos, sería posible fundamentar el injusto de un delito en la “manifestación de la peligrosidad subjetiva”²²⁶. Sin embargo, para que tal manifestación pueda ser entendida como funcionalmente equivalente a la peligrosidad objetiva, es necesario que la primera sea lo suficientemente intensa como para ser percibida como “seria”²²⁷. Además, para que la punición sea legítima no se debe perder de vista el bien jurídico de carácter individual relacionado con la expectativa de seguridad que se pretende salvaguardar²²⁸. Conviene poner de manifiesto, en todo caso, que los delitos para los que trata de ofrecer fundamentación son, *grosso modo*, los supuestos de posesión de objetos con inequívoco sentido de preparación delictiva y los supuestos de una posesión de objetos que es *per se* peligrosa²²⁹.

²²⁴ MARTÍNEZ GARAY, L., “Pre-crimen y pre-castigo”, p. 589.

²²⁵ Vid., por todos, GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor*, passim.

²²⁶ PASTOR MUÑOZ, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 62.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 88.

²²⁸ Así, explica PASTOR MUÑOZ, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 88, “no es lo mismo manifestar la disposición a delinquir mediante la pertenencia a una organización terrorista que mediante la pertenencia a una organización dedicada a la copia ilegal de CDs, ni tampoco es lo mismo poseer objetos específicamente destinados a la comisión de delitos graves que poseer objetos destinados a cometer delitos contra la propiedad”.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 83.

Ahora bien, a diferencia, en principio, de lo que parece esconderse tras las posturas que se han expuesto antes, PASTOR MUÑOZ trata de descartar la posibilidad de que esto sea entendido como un Derecho penal cuyo único punto de referencia sea la personalidad del autor. En este sentido señala que “cuando se explican algunos delitos de posesión y estatus como tipos en los que la falta de peligrosidad objetiva se suple con la manifestación de la peligrosidad subjetiva del autor o del inicio objetivo de una conducción criminal de la vida, no se está haciendo Derecho penal de autor”²³⁰. El fundamento de la sanción de este tipo de delitos se encontraría, por el contrario, en la defraudación de una expectativa normativa de seguridad²³¹. Y es por ello por lo que la pena no supondría una respuesta a la peligrosidad subjetiva, sino una decisión jurídica frente a la manifestación de esta última (“de manera que no se trata de una reacción cognitiva disfrazada de pena, sino de una reacción comunicativa”)²³².

En todo caso, no se debe perder de vista que esta autora no propone directamente la tipificación de nuevas conductas delictivas, sino que intenta ofrecer una explicación pretendidamente legítima de algunos delitos ya existentes en nuestro ordenamiento²³³. No se pretende, desde esta perspectiva, sancionar conductas que no generen perturbación alguna. Lo que sí es cierto, sin embargo, es que al ofrecer una fuente de legitimación para tipos en los que la manifestación de la peligrosidad puede ser relevante se abre la posibilidad de legitimar tipos aún no existentes que pudieran profundizar en una dirección como la apuntada, como hemos visto, por una parte de la doctrina anglosajona²³⁴.

²³⁰ *Ibíd.*, p. 63.

²³¹ *Ibíd.*, p. 70.

²³² *Ibíd.*, p. 66. Y añade la autora, “la manifestación de la peligrosidad subjetiva es un comportamiento perturbador para la sociedad porque lesiona la seguridad normativa, la cual es un elemento que pertenece al núcleo de la sociedad”. Además, p. 70, “los tipos cuyo injusto se explica como una ‘manifestación de peligrosidad subjetiva’ constituyen *defraudaciones de una expectativa normativa de seguridad*, y no lesiones de los *presupuestos cognitivos* de las expectativas normativas”.

²³³ Evidente en este sentido, *ibíd.*, p. 89, donde se mantiene la “clara” legitimidad de delitos de posesión de objetos con intención de cometer un delito, la posesión de objetos que solamente son idóneos para la comisión de delitos o la pertenencia a una organización criminal.

²³⁴ Conviene apuntar, siquiera sea brevemente, que los lineamientos que han sido expuestos hasta aquí han sido ratificados de manera muy reciente por la propia autora (vid. PASTOR MUÑOZ, N., “Imputables peligrosos”, pp. 1483 y ss.). Así, señala en sintonía con lo previamente defendido que se debe admitir “que determinados sujetos peligrosos pueden cometer un injusto equivalente al del delito de amenazas cuando manifiestan inequívocamente su disposición a delinquir. Dicha manifestación sería de peligrosidad subjetiva del autor constituiría un equivalente funcional de la peligrosidad objetiva. En efecto, la existencia de tipos que recogen comportamientos objetivamente no peligrosos

2.6. *ROBINSON: la imposibilidad de castigar el futuro*

Como se puede ver, son variadas las opciones que desde distintos sectores de la doctrina se han ofrecido para la punición de determinadas características personales como la peligrosidad. Cada una de estas propuestas merecería un comentario particularizado, pero ello nos alejaría demasiado de nuestro objeto de estudio. En capítulos posteriores, no obstante, sostendremos que la peligrosidad criminal de quien es plenamente responsable no puede lícitamente justificar un incremento de la respuesta penal frente al mismo que vaya más allá de su culpabilidad por el hecho²³⁵. Por ahora, baste señalar que la tendencia explicada en páginas anteriores cuenta no solo con partidarios, sino también, y como no podía ser de otra manera, con importantes detractores.

En este sentido, resulta especialmente importante la oposición de ROBINSON a estas ideas. Dicho autor ha afirmado de forma muy argumentada que es imposible “castigar la peligrosidad”²³⁶. El castigo (por su propio concepto) supone la imposición de un mal por la comisión de una infracción, mientras que la peligrosidad (por una necesidad conceptual también) es una expectativa de futuro²³⁷. Parafraseando un tópico (en lo que a los fines de la pena se refiere), el castigo mira al pasado, la peligrosidad mira al futuro. Ello, con independencia de que el castigo atienda también al porvenir. Por ello, explica ROBINSON, se podrá “contener”, “detener” o “incapacitar” a un sujeto peligroso, pero no se le podrá

o las respuestas del Código penal que se fundamentan en la comisión pasada de un hecho suficientemente castigado —libertad vigilada— solamente es legítima si se puede constatar un *equivalente funcional de la peligrosidad objetiva*, a saber, la ‘manifestación seria del autor de su disposición a delinquir’, la cual lesiona una expectativa normativa de seguridad que pertenece al núcleo de nuestra sociedad” (p. 1483). Y recalca luego, como ya hiciera en su trabajo anteriormente citado, que el acto con el que se expresa tal peligrosidad debe ser “inequívoco” y suponer una amenaza “seria” (p. 1484).

²³⁵ Vid. infra, Capítulo IV, epígrafe V y Capítulo VI, epígrafes VIII y IX.

²³⁶ Con independencia de que alguna de las posturas antes descritas haya creído superar las afirmaciones de ROBINSON no está claro que así sea. Cuando HUSAK, D., *San Diego Law Review*, por ejemplo, señala que al castigar la peligrosidad como una propiedad contemporánea y no como una posibilidad futura (p. 184) no se infringiría la objeción conceptual planteada por ROBINSON ello no es del todo cierto. Las características que HUSAK pretende castigar encontrarían sustento legítimo únicamente en el caso de que se constatará que estas, en el futuro, serán probablemente causantes de daños. No es su actualidad lo que legitima el castigo, sino lo que previsiblemente se espera de ellas. O, dicho de otro modo, puede que la peligrosidad sea una cualidad actual, pero es, en todo caso, una propiedad que se define en referencia a un comportamiento futuro.

²³⁷ En este sentido, ROBINSON, P. H., “Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 114, n.º 5, 2001, p. 1432.

“castigar”²³⁸. También GRECO se ha pronunciado en un sentido similar al sostener que “[l]a pena como reacción está necesariamente referida al hecho y al pasado. Si no se recurre al hecho y al pasado para fundamentar la reacción, entonces se ha programado un quiebre, dado que se trata de una reacción que no reacciona a nada sino que está por completo injustificada”²³⁹.

El problema, sin embargo, no sería a juicio de ROBINSON solo conceptual. Orientar el sistema penal a la prevención de futuros delitos podría “pervertir seriamente los objetivos de nuestras instituciones de Justicia”²⁴⁰. Es por ello que “un sistema penal que se centre en la cuestión de la detención preventiva más que en la administración de justicia no puede esperar más autoridad moral que la de los doctores que examinan si una persona enferma mental es suficientemente peligrosa para ser internada civilmente”²⁴¹. Y esto es algo que a largo plazo podría socavar asimismo la propia eficacia preventiva del sistema penal, lo que no deja de resultar paradójico²⁴².

En una línea parecida, aunque desde una perspectiva más general, ROBLES PLANAS ha defendido que “el Derecho penal perdería gran parte de credibilidad como sistema de transmisión normativa de valores y pautas de conducta si abandonara el principio de merecimiento y basara sus decisiones condenatorias en hipótesis de futuro. La obtención de una mayor dosis de ‘seguridad’ se llevaría a cabo a costa del valor ético-expresivo de la pena”²⁴³.

Asimismo, ROBINSON alerta de los “peligros ocultos” de la generación de ambigüedad entre los conceptos de peligrosidad y merecimiento. Por ejemplo, el hecho de que la peligrosidad sea el presupuesto de un internamiento obliga a que su concurrencia tenga que ser reevaluada periódicamente, mientras que si se “criminaliza” la peligrosidad, los factores relevantes para la duración de la restricción de derechos se encuentran ya en el

²³⁸ *Ibíd.*, p. 1432. En todo caso, como hemos visto (y así pasaba con HUSAK) hay quien entiende que la peligrosidad puede analizarse no únicamente como una previsión de hechos futuros, sino también como una cualidad presente y actual. Así lo hace, por ejemplo, SCHOPP, R. F., *Competence, Condemnation, and Commitment: An Integrated Theory of Mental Health Law*, American Psychological Association, Washington, DC, 2001, p. 217.

²³⁹ GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 359.

²⁴⁰ ROBINSON, P. H., *Harvard Law Review*, p. 1434.

²⁴¹ *Ibíd.*, p. 1444.

²⁴² *Ibíd.*, p. 1444.

²⁴³ ROBLES PLANAS, R., *InDret*, p. 16.

mismo momento de la condena²⁴⁴. Se evidencia aquí la importancia de no analizar las cuestiones de Derecho penal material “en el vacío”, sino en el marco que el Derecho procesal penal supone y en sus concretas relaciones con otros sectores del ordenamiento con los que puntualmente puede compartir objetivos. Por otra parte, y esta es ya una objeción de carácter político, al considerar punitivas prácticas que previamente eran consideradas no punitivas, el sistema se exonera de justificar por qué no proporcionó un entorno propicio para la detención preventiva que difiriese sustancialmente de una pena de prisión²⁴⁵.

2.7. Breve excursio: el delito de autoadoctrinamiento

A lo largo de todo este epígrafe dedicado al “castigo de la peligrosidad” hemos podido apreciar unas (por el momento, minoritarias) tendencias en el mundo anglosajón que persiguen punir a determinados sujetos en atención a sus pulsiones criminales. Las propuestas que desde el Derecho anglosajón se hacen no parecen encajar bien en el ámbito del Derecho continental. Ello probablemente se deba a los ecos que acompañan a estas ideas y que nos remiten a tiempos pasados en los que, con finalidades aparentemente distintas, se llegó a lugares parecidos. Pensemos a este respecto en la Escuela Positiva italiana o en la regulación establecida sobre estas cuestiones que hubo en España con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 o la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970²⁴⁶.

Por ello, probablemente aquellas personas formadas en la tradición continental vean difícil que nos aproximemos a la dirección que se ha extendido en el entorno anglosajón. En el Derecho continental, aventurarían algunos, nunca llegaremos a castigar la mera peligrosidad subjetiva de un determinado individuo. Pese a ello, y por sorprendente que pueda resultar, lo cierto es que hemos llegado más lejos. Actualmente el Código penal español contempla la posibilidad de castigar no solo a quien es ya peligroso, sino

²⁴⁴ Así, ROBINSON, P. H., *Harvard Law Review*, p. 1446.

²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 1447.

²⁴⁶ Sobre dichos cuerpos legales, vid. JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español: un estudio de la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970, y de la doctrina de la Sala de apelación de peligrosidad*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 50 y ss. (sobre la Ley de Vagos y Maleantes) y pp. 197 y ss. (sobre la Ley de Prevención y Rehabilitación Social). Vid., también, en relación con la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, pp. 115 y ss. y 133 y ss.

directamente a quien tenga la pretensión de serlo en el futuro. El art. 575.2 CP sanciona a quien con el propósito de capacitarse para cometer delitos de terrorismo (esto es, de adquirir un cierto grado de peligrosidad) lleve a cabo por sí mismo determinadas actividades como el adoctrinamiento, el acceso a específicos contenidos en internet o la tenencia de determinados documentos que puedan incitar a incorporarse o a colaborar con una organización terrorista²⁴⁷.

Este tipo de actividades se encuentran sumamente alejadas de un resultado material relevante y la tipificación de estas pretende anticipar la tutela aún más de lo que ya lo estaba en materia de terrorismo²⁴⁸. Se persigue sancionar a un sujeto antes de que este constituya un auténtico peligro. Se pretende reprimirlo ya en el momento en el que decide querer ser peligroso.

²⁴⁷ Vid., sobre este reciente precepto, especialmente la novedosa y completa monografía de CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019. También se puede encontrar información al respecto en, entre otros, los trabajos de GALÁN MUÑOZ, A., “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 2016, passim.; PUENTE RODRÍGUEZ, L., “El nuevo delito de autoadoctrinamiento terrorista”, *Diario La Ley*, n.º 8967, 2017, passim.; MORENO HUERTA, J. D., “Análisis del nuevo delito de autoadoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal incorporado con la Ley Orgánica 2/2015”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LXX, 2017, passim; y CUERDA ARNAU, M. L., “Actos protopreparatorios, principio del hecho y ofensividad delictiva”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, passim. Para consideraciones sobre nuestra regulación y su comparación con ordenamientos penales de nuestro entorno, vid., para el supuesto alemán, CANO PAÑOS, M. A., “La contaminación preventivo-policial del Derecho Penal. A propósito de la ley alemana para la Persecución de la Preparación de Delitos Violentos Graves contra la Seguridad del Estado, de 30 de julio de 2009”, *Cuadernos de política criminal*, n.º 102, 2010, passim.; para el ordenamiento italiano, CUERDA ARNAU, M. L., “Autoadiestramiento v. autoadoctrinamiento terrorista (analogías y diferencias entre la regulación española y la italiana)”, en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. (Coords.): *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2018, passim.; y, para una comparación entre los ordenamientos alemán, británico y español, vid. PETZSCHE, A. y CANCIO MELIÁ, M., “Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences”, en LENNON, G., KING, C. y MCCARTNEY, C. (Eds.): *Counterterrorism, Constitutionalism and Miscarriages of Justice. A Festschrift for Professor Clive Walker*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 158-160.

²⁴⁸ Vid., sobre algunos de los cambios estructurales que en materia de criminalización del terrorismo se introdujeron en el año 2015 que inciden directa o indirectamente en esta línea (en particular sobre la dilución del elemento organizativo), COLOMER BEA, D., “La incriminación del terrorismo individual en la reforma penal de 2015: ¿violencia política organizada?”, en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 135 y ss.

Esto puede ser una muestra de lo equivocados que podemos llegar a estar cuando, desde una poco disimulada posición de superioridad teórica, reprochamos a los juristas anglosajones la laxitud de sus propuestas²⁴⁹. Quizás por criticar lo que teníamos lejos no nos hemos parado a mirar lo que teníamos al lado. En todo caso, parece evidente que tenía razón GÓMEZ MARTÍN cuando señalaba que “la amenaza de ceder ante un ‘Derecho penal de autor’ en el que el sujeto ya no respondería penalmente por lo que hace, sino por cómo es, no debe ser contemplada como un riesgo histórico ya superado por completo, sino como un peligro plenamente vigente a la luz del fenómeno de expansión del Derecho penal”²⁵⁰.

III. Sobre el concepto de peligrosidad criminal

1. Peligrosidad criminal vs. peligrosidad social

Una vez indicado cuándo y de qué manera la peligrosidad criminal se encuentra contemplada en nuestra regulación, es momento de efectuar algunas precisiones conceptuales. La primera y más importante es que, en principio, deberíamos realizar un esfuerzo restrictivo en la interpretación del concepto. Ello, fundamentalmente, porque las consecuencias jurídicas a él anudadas resultan, como hemos visto, particularmente relevantes. Estas consecuencias parecen dirigirse siempre a la idea de evitar la comisión de futuros delitos, de modo que no parece que nuestra legislación se refiera a la peligrosidad en sentido amplio, sino que es necesario dotar a esta de un contenido disvalioso adicional: específicamente, es necesario hablar de una peligrosidad delictiva (o una peligrosidad criminal).

En este sentido, se ha discutido mucho acerca de si, en el ámbito jurídico-penal, es preferible un concepto de “peligrosidad criminal” o, por el contrario, resulta más adecuado el concepto de “peligrosidad social”²⁵¹. Este debate hace ya tiempo que fue

²⁴⁹ Ello con independencia de que, por supuesto, también allí se tipifiquen conductas similares. Un contraste entre su ordenamiento y el español en este punto se puede encontrar en PETZSCHE, A. y CANCIO MELIÁ, M., “Speaking of Terrorism and Terrorist Speech”, pp. 158 y ss.

²⁵⁰ GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor*, p. 335.

²⁵¹ Parece que el origen científico de la idea de “peligrosidad social” que ha impregnado tantas legislaciones autoritarias se remonta, al menos, hasta la Escuela Positiva italiana. Así, señalaba por ejemplo FERRI, E., *Principios de Derecho criminal*, Reus, Madrid, 1933, p. 13, que “para que actúe esta defensa directamente preventiva, basta por parte del individuo una conducta inferior al mínimo de normalidad y disciplina social, esto es, una conducta antisocial y por ende peligrosa aunque no se concrete en hechos delictivos”.

superado llegando a la solución indiscutiblemente generalizada de que la “peligrosidad social” (como cualidad que justifique imponer restricciones de derechos y libertades a los individuos) no tiene encaje en el marco de un Estado social y democrático de Derecho²⁵². Así, JORGE BARREIRO ha señalado que “los penalistas consideran que sólo la peligrosidad criminal —demostrada con la ocasión de haberse cometido un hecho previsto en la Ley como delito, y referida a una conducta delictiva— pertenece al Derecho Penal”²⁵³. De forma similar y rotunda, ROMEO CASABONA ha afirmado que “sólo la peligrosidad criminal tiene naturaleza penal, en cuanto es el fundamento para la prevención del delito, y presupuesto necesario para la aplicación de otras medidas de seguridad”²⁵⁴.

No se puede sino coincidir con las posturas reseñadas, por cuanto no parece razonable que todo el aparato punitivo del Estado se ponga en marcha frente a un único sujeto que representa, todo lo más, perturbaciones sociales y morales. Un sujeto que no pone en peligro bienes jurídicos objeto de tutela penal no debería ser inocuizado de forma preventiva en interés de los demás, pese a lo molesto que pueda resultar para la convivencia²⁵⁵. Se trata, en definitiva, de un elemental sentido de la proporcionalidad. Si es la gravedad de una conducta la que hace que esta merezca reproche penal, no parece razonable que se articulen importantes restricciones de derechos para prevenir conductas mucho menos nocivas²⁵⁶.

²⁵² Afirmación que, en principio, resulta consistente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya desde su STEDH Winterwerp contra Países Bajos, de 24 de octubre de 1979, ha mantenido que la privación de libertad del “enfermo mental” (*persons of unsound mind*) no puede servir de pretexto para privar de libertad a sujetos que simplemente presentan un mero comportamiento desviado con respecto a las normas prevalentes en una determinada sociedad. Estas consideraciones serían, por supuesto, perfectamente aplicables también a los internamientos estrictamente civiles (vid., al respecto, PÉREZ LLOSA, L., *Internamientos psiquiátricos y por razones de salud pública. Aspectos civiles, administrativos y penales*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 63). En todo caso, lo cierto es que estas manifestaciones podrían haber sido relativizadas en algún grado por las últimas sentencias en la materia del tribunal europeo, vid. infra, Capítulo VI, epígrafe IV.

²⁵³ JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, p. 249.

²⁵⁴ ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, p. 46.

²⁵⁵ Mención aparte merecería, por supuesto, la cuestión del internamiento civil de carácter tutelar. Para mayor detalle, vid. infra, Capítulo V, epígrafe VII.

²⁵⁶ Por parecidas razones rechaza también el concepto de “peligrosidad social” en el ámbito penal TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 27 y ss., para quien “las medidas de seguridad no escapan a aquel carácter fragmentario y no pueden aplicarse a sujetos cuya condición indique rechazo de una serie de reglas, aunque el grupo social en su mayoría las respete, si no presentan clara e inminente tendencia a la realización de conductas cuya ejecución el Derecho penal castiga con la imposición de penas”.

2. Concepto “único” de peligrosidad criminal

Una primera pregunta que merece respuesta es la de si el Código penal parte siempre de un mismo concepto cuando a la peligrosidad criminal (con este u otro término) se refiere. La cuestión resulta más compleja (y trascendente) de lo que en un primer momento podría parecer. Ya hemos señalado que nuestro Código penal parece hacer referencias a una misma realidad (que podríamos englobar en el “macro-concepto” de “peligrosidad criminal”) empleando en ocasiones diferentes denominaciones. “Riesgo de reiteración delictiva”, “pronóstico favorable de reinserción”, etc. son solo algunos de los muchos ejemplos que se podrían emplear²⁵⁷.

En este sentido, parece que la razón acompaña a ZIFFER cuando manifiesta que “todo instrumento legal orientado a la prevención especial, sea en la configuración de la ejecución de la pena, sea como prevención especial pura —bajo la forma de las llamadas ‘medidas curativas y de seguridad’— funciona, implícita o explícitamente, con apoyo en pronósticos de peligrosidad”²⁵⁸. Cuando hablamos, por ejemplo, de “pronóstico favorable de reinserción” solo podemos referirnos a pronóstico de no peligrosidad criminal. Entender este concepto de forma más ambiciosa supone, por un lado, exigir demasiado a la reinserción y, por otro lado, demandar del sujeto una modificación de su conducta social no criminal por la vía penal. Sería tanto como equiparar el “pronóstico favorable de reinserción” a la “ausencia de peligrosidad social”. Pero los mismos motivos que nos llevaban antes a rechazar este tipo de conceptos deben llevarnos ahora a perseverar en la idea de que no son adecuados para nuestro ordenamiento jurídico. Además, como señala ACALE SÁNCHEZ, no podemos dejar de concebir la reinserción como un derecho para

²⁵⁷ Cuestión distinta es que determinadas normas que tienen en cuenta el concepto puedan demandar un mayor o menor grado de peligrosidad criminal de cara a entender que concurre el presupuesto habilitante de su aplicación. Esto no es más, en definitiva, que, como veremos que han propuesto algunos autores, atender a la *ratio* de la norma en juego para entender si casos de pronóstico incierto deben ser comprendidos por ella. Vid. *infra*, Capítulo II, epígrafe IV.

²⁵⁸ ZIFFER, P., *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 143. Aunque quizás no sería disparatado matizar tal afirmación de algún modo parecido a como lo hace CERVELLÓ DONDERIS, V., “Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena”, *La Ley Penal*, n.º 106, 2014, p. 2, cuando señala que es necesario emplear conceptos diversos de “peligrosidad criminal” para sujetos imputables e inimputables “ya que la peligrosidad criminal en sujetos inimputables necesaria para la imposición de medidas de seguridad exige analizar las necesidades terapéuticas del trastorno o anomalía en relación a la predicción de su comportamiento futuro, mientras que en sujetos imputables se requiere valorar la necesidad o no del cumplimiento de la prisión como medio inhibitor de futuros delitos, sin que haya alteración psíquica que pueda interferir en su proceso de comportamiento”.

entenderla como un deber²⁵⁹. Por otra parte, entender la reinserción social de manera excesivamente amplia reduciría en demasía (y de forma materialmente injustificada) la autonomía del preso.

La postura que acaba de ser mantenida no es, sin embargo, del todo precisa, pues cabe un punto medio ejemplarizado por el delincuente habitual de bagatela. Este sujeto infringe el ordenamiento penal lo suficiente como para que no se pueda predicar de él el éxito de la reinserción social, pero la escasa relevancia de sus delitos no nos autoriza a hablar de peligrosidad criminal (o, al menos, no nos permite hablar de una peligrosidad criminal significativa). La peligrosidad, como veremos más adelante, no supone solo la alta probabilidad de lesionar un bien jurídico, sino también considerar al bien jurídico en cuestión como especialmente relevante. De manera que, aunque de forma general se pueda establecer el paralelismo “pronóstico favorable de reinserción”/“ausencia de peligrosidad criminal”, la equiparación no es del todo perfecta y puede requerir, en ocasiones, precisiones. Ahora bien, con independencia del matiz señalado, parece evidente que el paralelismo entre reinserción social y falta de peligrosidad (y sus respectivos contrarios) se encuentra fuertemente arraigado en el pensamiento jurídico.

Un ejemplo de ello lo constituye la definición aportada por LLORCA ORTEGA cuando equipara la peligrosidad criminal a la existencia de una “resistencia a la integración social”²⁶⁰. Sin embargo, salvo que entendamos la “integración social” en un sentido muy neutro (no comisión de delitos), equiparar ambos conceptos podría llevarnos a entender que es peligroso aquel de quien no se espera comisión de delito alguno. Es por ello por lo que, en rigor, es necesario precisar que reinserción social y peligrosidad criminal tienen un núcleo común, pero nada más que eso.

Parece claro que bajo diversas etiquetas late una misma realidad que difiere solo en intensidad. La peligrosidad criminal equivale a la probabilidad relevante de cometer delitos. A partir de ahí podremos exigir una mayor probabilidad o una mayor gravedad del delito en atención a las consecuencias concretas que se quieran imponer²⁶¹. Pero el

²⁵⁹ Señala que esta es, sin embargo, la tendencia actual, ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, p. 25.

²⁶⁰ LLORCA ORTEGA, J., “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, en VIVES TOMÁS, A. y MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (Dirs.): *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 222.

²⁶¹ Y no solo sucede esto. La concreta consecuencia jurídica no será solo una guía para determinar el umbral de peligrosidad que debe ser traspasado, sino que servirá también para concretar el grado de fiabilidad exigible al propio pronóstico. Así, FRISCH, W., *Prognoseentscheidungen*, p. 22.

núcleo básico no puede sino ser este. Partir de este núcleo básico y común permitirá, además, que las consideraciones críticas que se efectúen no tengan que referirse pormenorizadamente a todas y cada una de las menciones expresas a los distintos términos que la legislación penal haga.

3. Peligrosidad vs. riesgo

Una última precisión de carácter terminológico se antoja también necesaria. Una de las reclamaciones más habituales procedentes de la psicología en relación con todas estas cuestiones suele ser la de deslindar dos conceptos en principio diferenciados: riesgo y peligrosidad. Para la inmensa mayoría de los trabajos psicológicos en la materia el de peligrosidad es un concepto pobre incapaz de comprender todos los matices que una correcta estimación del riesgo de violencia requiere. Vinculada a las características personales del sujeto, la peligrosidad deja fuera de su ámbito de estudio aspectos particularmente relevantes para la valoración de la violencia futura como son los factores sociales²⁶². El concepto de “riesgo” se erige así como un término técnico y moderno que se refiere a situaciones y no a personas concretas. De esta forma, dicen, se ganaría en precisión y se perdería en estigmatización. En opinión de muchos no es esta únicamente una cuestión terminológica. Conlleva también un cambio de enfoque que supone considerar que el “problema” no se encuentra necesariamente en la persona evaluada,

²⁶² En la literatura especializada es habitual encontrar la distinción entre “factores estáticos” y “factores dinámicos”. Los primeros (como la fecha de comisión del primer delito) no podrían ser, con carácter general, modificados; los segundos (como el consumo de drogas), en cambio, sí. Así lo señalan, por ejemplo, REDONDO ILLESCAS, S. y ANDRÉS PUEYO, A., “La psicología de la delincuencia”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 28, 2007, p. 149. Entre los factores dinámicos se encontraría, sorprendentemente, la actividad funcional del cerebro (*functional brain activity*), por lo que sería en buena medida susceptible de modificación. Así lo indican AHARONI, E., et al., “Neuroprediction of future rearrest”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 110, n.º 15, 2013, p. 6224. Por otra parte, se debe apuntar que no es exacto el paralelismo que algunos autores sugieren entre factores sociales/factores estáticos y factores individuales/factores dinámicos, aunque pueda en ocasiones ser parcialmente cierto. Los factores pueden ser dinámicos o estáticos con independencia de su origen social o individual. Sin embargo, aunque la dicotomía dinámico/estático puede ser relevante de cara al tratamiento de la peligrosidad (pues no cabe tratar lo que no puede ser modificado) esta no es particularmente fructífera a efectos de la distribución de responsabilidad (y, en consecuencia, costes) entre Estado e individuos. Por ello, utilizaremos preferentemente la distinción factores sociales y personales, sin que sea impedimento, como veremos más adelante, reconocer que lo dinámico o estático de un factor puede ser también, a algunos efectos, relevante.

sino que puede radicar en ámbitos ajenos a su control. Implica, en definitiva, un cambio de paradigma²⁶³.

Efectivamente, se debe convenir en que no es un cambio exclusivamente terminológico. En todo caso, y pese a la vocación esencialmente descriptiva de este primer capítulo, es importante avanzar algo en lo que profundizaremos más adelante. Poner el acento en factores sociales no directamente controlables por el sujeto puede aportar un mayor grado de fiabilidad estadística. Sin embargo, no hemos de perder de vista que estamos realizando estimaciones de riesgo a los efectos de anudar a las altas posibilidades de delinquir unas concretas consecuencias jurídicas. Es por ello por lo que imponer a un sujeto determinadas restricciones de derechos en atención a una serie de factores que escapan a su control (y que fundamentan el mayor riesgo de reiteración delictiva) puede no ser la solución adecuada, sino un nuevo y más importante problema. Todo esto acontecerá con independencia de la indudable “buena intención” que acompaña al concepto de “riesgo” y que pretende no solo mejorar la predicción y las bases sobre las que se asienta, sino también reducir la estigmatización que podría acompañar a otros conceptos emparentados con él.

IV. Métodos de predicción de la peligrosidad criminal

1. Introducción

Parece evidente que, si se quiere atribuir tanta importancia al concepto de peligrosidad como de hecho se le asigna en nuestra legislación, resulta necesario contar con métodos que permitan que la invocación de la “peligrosidad criminal” pierda el carácter casi místico que le ha acompañado tradicionalmente para adquirir un perfil en alguna medida más científico²⁶⁴. La adquisición de científicidad en el concepto permitirá dotarlo no sólo de mayor fiabilidad (algo que de por sí ya es valioso), sino también de una naturaleza

²⁶³ REDONDO ILLESCAS, S. y ANDRÉS PUEYO, A., *Papeles del Psicólogo*, p. 164. Se trata, además, de un “nuevo paradigma” que no solo se ha impuesto en el campo científico, sino que también se encuentra ampliamente difundido en otros contextos. Así, resulta representativa la terminología empleada por la Recomendación CM/Rec (2014) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a los delincuentes peligrosos (adoptada el 19 de febrero de 2014) y la reiterada alusión a la “evaluación del riesgo” que en ella se hace.

²⁶⁴ Así lo apunta, con ánimo descriptivo (y no aprobatorio) CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo en el modelo de penalidad español*, Reus, Zaragoza, 2019, p. 87. Vale la pena señalar que, pese a todo (y así lo destacan ZARA, G. y FARRINGTON D. P., *Criminal Recidivism. Explanation, Prediction and Prevention*, Routledge, Londres, 2016, p. 148), en ningún lugar la evaluación del riesgo ha recibido una acogida tan ambivalente como en el ámbito de la justicia penal.

falsable; esto es, una naturaleza que permita su sustentación en el plano de la realidad y no sólo de las impresiones subjetivas²⁶⁵.

Parece que esta necesidad de un tránsito de lo místico a lo científico y de la impresión personal a la valoración médico-estadística se ha encontrado siempre presente en el desarrollo de los métodos de predicción de peligrosidad tal y como hoy los conocemos²⁶⁶. Su desarrollo más avanzado (y también más temprano) se puede encontrar en países del entorno jurídico anglosajón²⁶⁷. Su impulso definitivo se vivió con el auge del ideal (re)socializador a partir de mediados del siglo pasado²⁶⁸. La coincidencia no es casual. Parece lógico que en sistemas penales que pretendían asegurar la plena reintegración del sujeto a la vida en sociedad y la erradicación de sus “tendencias delictivas” debía valorarse especialmente la existencia, o no, de peligrosidad criminal. El paradigma

²⁶⁵ En este sentido, DAHLE, K. P., “Methodische Grundlagen der Kriminalprognose”, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, vol. 1, n.º 2, 2007, p. 105. Vid., también, BOETTICHER, A., “Sicherungsverwahrung und Prognosegutachten aus revisionsrechtlicher Sicht”, en BARTON, S. (Ed.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 105. Vid., con carácter más general, sobre la falsabilidad como piedra angular del concepto de ciencia, POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 48 y ss.

²⁶⁶ Así, BOETTICHER, A., et al., “Zum richtigen Umgang mit Prognoseinstrumenten durch psychiatrische und psychologische Sachverständige und Gerichte”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n.º 9, 2009, p. 479, señalan cómo en los años ochenta la valoración del riesgo era todavía considerada como algo prácticamente mágico.

²⁶⁷ Vid., entre otros muchos, DAHLE, K. P., *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, pp. 103 y ss. Para una excelente introducción a la aparición histórica de los instrumentos de valoración del riesgo en lengua castellana, vid. CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo*, pp. 63 y ss.

²⁶⁸ Como complemento a esta idea, es interesante señalar lo advertido por HARCOURT, B. E., *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, The University Chicago Press, Chicago, 2007, p. 32: que la incapacitación como modelo de castigo se ha desarrollado en buena medida porque ahora sabemos técnicamente cómo hacerlo, lo que evidencia, en su opinión, la dependencia de nuestro sentimiento de justicia de nuestros conocimientos técnicos. En esta misma línea se ha manifestado BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial*, p. 174, cuando ha sostenido que “la elaboración de instrumentos actuariales solo ha podido producirse como consecuencia del progreso de dos tipos de conocimiento. Por una parte, la importantísima recopilación de datos sobre las circunstancias personales, situacionales y sociales que caracterizan la comisión de delitos, que permite establecer modelos multifactoriales complejos. Por otra, el no menos significativo desarrollo de la estadística aplicada —aparejado a los propios avances en las capacidades computacionales—, que permite el procesamiento operativo de tal cantidad de informaciones”. Quizás en este mismo sentido quepa interpretar a MAPELLI CAFFARENA, B., “Nuevas tendencias penológicas”, p. 432, cuando sostiene que “[l]as nuevas propuestas no tienen como objetivo hacer desaparecer los alcances logrados bajo los postulados de la penología resocializadora, bien al contrario, aspiran a completar aquella con el desarrollo de técnicas punitivas que permitan satisfacer las nuevas políticas de seguridad y control”. Al fin y al cabo, como brillantemente señala GARLAND, D., *The Culture of Control*, p. 173, no sería correcto plantear el vigente modelo penal (basado en la idea de control) como un sustituto completamente nuevo del modelo anterior, sino, más bien, como una evolución (trascendental) de este.

(re)socializador, desde luego, ha desaparecido o, al menos, ha limitado severamente su alcance. Pero las herramientas de las que este se sirvió le han sobrevivido y ahora los mismos instrumentos (técnicamente perfeccionados) que servían para asegurar la reinserción se ponen al servicio de un nuevo propósito: la inocuización²⁶⁹.

En todo caso, conviene no exagerar la modernidad de esta pretensión de “cientificidad” de los pronósticos de peligrosidad. Este propósito puede encontrarse ya en la Escuela Positiva italiana²⁷⁰. Dicha corriente de pensamiento, especialmente la rama más vinculada al estudio de la antropología criminal (de la que LOMBROSO fue el máximo exponente), trató de articular primitivas correlaciones entre determinados rasgos físicos y concretas inclinaciones o pulsiones delictivas²⁷¹. Los estudios y análisis de la Escuela Positiva han

²⁶⁹ Todo esto no deja de resultar llamativo, pero no por ello infrecuente. El desarrollo científico dirigido a lidiar con un objetivo político o social determinado suele pervivir aun cuando el objetivo concreto ha desaparecido. Sin embargo, el avance que estas técnicas suponen (los nuevos horizontes que muestra) se reorienta a nuevas finalidades aprovechando así el potencial que presentan y que, en ocasiones, es inicialmente desconocido.

²⁷⁰ Aunque, tal y como hace VIVES ANTÓN, T. S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 25, cabe oponer una fuerte objeción de principio frente a estas corrientes (“todo biologicismo, en el terreno político criminal, comporta un grave error metodológico consistente en el mismo intento de establecer una correlación lineal entre dos fenómenos —el cuerpo humano y el acto delictivo—, pertenecientes a dos sistemas diferentes —la Naturaleza y la Cultura—”), lo cierto es que carecería de sentido negar la trascendencia jurídica y político criminal que estas, entonces nuevas, corrientes supusieron. Que estas corrientes emergen en el momento de máximo fulgor de las ciencias naturales resulta algo indiscutido. Como ha señalado, entre otros, RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne: Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011, pp. 21 y ss., tanto el positivismo como el evolucionismo constituían dos corrientes de pensamiento fuertemente ancladas en el ideario de los máximos representantes de la Escuela Positiva. En ellos, por cierto, como el mismo autor señala, escaso o nulo papel desempeñaron las ideas de derechos personales o dignidad humana (p. 269). Tampoco se discute la importancia del valor intelectual de tres hombres (FERRI, GARÓFALO y LOMBROSO) en la conformación de esta escuela. Vid., al respecto, EBERMAYER, E., *Schuld und Gefährlichkeit im Entwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch*, De Gruyter, Berlín, 1923, p. 37.

²⁷¹ Así, por ejemplo, señalaba LOMBROSO, C., *Los criminales*, Centro Editorial Presa, Barcelona, 1899, p. 15, que “la bracicefalia se presenta, en los autores de heridas, con mayor frecuencia que en cualquier otra especie de criminales, la longitud de los brazos y aun de las manos es igualmente un carácter de estas gentes. Por el contrario, en los culpados de violación hállase la frente estrecha, cortas las manos y los brazos, caracteres frecuentes que según hemos de demostrar luego, les aproximan demasiado a las mujeres criminales”. Lo cierto es que no en todos los autores de la Escuela Positiva queda claro qué peso se concede a los factores biológicos y cuánto a la cuestión social. En GARÓFALO, por ejemplo, se pueden encontrar pasajes en alguna medida contradictorios. Así, mantuvo GARÓFALO, R., *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, BdeF, Buenos Aires, 2005 (publicación original: 1885), p. 163, que “si la imperfección moral de un hombre es siempre la condición necesaria del delito, las circunstancias exteriores son, con mucha frecuencia, las causas que determinan su manifestación”. Pero también sostuvo que “la miseria, en el sentido de la falta de capital o de ahorros, o, para hablar con más exactitud, la condición económica del proletariado, no tiene absolutamente ninguna influencia sobre la criminalidad” (p. 152). FERRI, E., *Sociología criminal*, Centro Editorial de Góngora, 1907, p. 34, defendió, por su parte, que “en todo delito interviene el determinismo complejo y decisivo de la constitución antropológica y del medio técnico y social; aun

sido claramente superados y duramente criticados. Sin embargo, no es difícil calificar de “neolombrosianas” determinadas tendencias que, hoy en día, tratan de vincular el comportamiento violento a concretas manifestaciones físicas (específicamente cerebrales)²⁷². Estas corrientes actuales no han sido tan censuradas y, por ello, la pregunta se antoja necesaria: ¿la Escuela Positiva fue criticada por su planteamiento general (ligar manifestaciones físicas a la peligrosidad criminal) o por su concreción específica (observar, por ejemplo, la longitud de la nariz como parámetro relevante)? Pese a todo, parece oportuno precisar que los autores pertenecientes a esta corriente no eran tan simples como a veces las extendidas caricaturas parecen sugerir. GARÓFALO, por ejemplo,

cuando se pueda encontrar (...) un criminal nato que sea honrado... a los ojos del Código penal”. Más adelante, precisaba “el medio social, pues, da la forma al delito, que tiene su base en el factor biológico” (p. 91). Todas estas corrientes, que ahora cabría calificar casi de exóticas, quizás se expliquen mejor atendiendo a las palabras de VIVES ANTÓN, T. S., *La libertad como pretexto*, p. 22, cuando apuntaba que “en la flamante era burguesa, el delincuente no tenía sitio adecuado. Era preciso presentarlo como un residuo de épocas pretéritas y salvajes, como un despojo evolutivo”.

²⁷² Alertan del peligro de caer en esta clase de tendencias GONZÁLEZ COLLANTES, T. y SÁNCHEZ VILANOVA, M., “Psicopatía y medidas de seguridad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, p. 129. La última de las autoras ha precisado luego, no obstante, SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad. Una mirada interdisciplinaria a la responsabilidad de los trastornos de la personalidad desde los avances de la neurociencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 258, que no sería justo calificar, sin mayores consideraciones, los hallazgos de la actual neurociencia como neolombrosianos. En todo caso, señala CANCIO MELIÁ, M., “Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias”, en FEJOO SÁNCHEZ, B. (Ed.): *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 261, que en el marco de la discusión acerca de lo que la moderna neurociencia pueda aportar al Derecho penal “uno puede tener la impresión de *déjà vu* respecto del intento liderado por la *Scuola Positiva* a principios del siglo pasado de sustituir las irracionales togas negras por las blancas batas de la ciencia”. También PÉREZ MANZANO, M., “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las neurociencias”, *InDret*, n.º 2, 2011, p. 5; y FRISTER, H., *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 24, señalan lo poco novedoso de estos aparentemente revolucionarios debates; idea que se encuentra ya presente en el debate académico, al menos, desde hace casi cincuenta años, cuando ya alertaba GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?”, en GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 142, de un nuevo retorno de la disputa en cuestión. En todo caso, es preciso señalar que no toda la Escuela Positiva italiana apoyaba de forma irrestricta los postulados que indiscriminadamente se le atribuyen de manera tan radical. Es posible encontrar en GARÓFALO, R., *La criminología*, pp. 242 y ss., algunos interesantísimos comentarios que apuntan a la idea de “agencia moral”. Así, sostuvo el italiano que “cuando llegue a saberse que la ferocidad de un asesino no es sino el defecto de su desdichada organización psíquica, ¿no debería mirársele con más compasión y en tal caso, no se considerará su anomalía lo mismo que las perturbaciones nerviosas, lo mismo que la epilepsia, lo mismo que la enajenación? Yo no lo creo así (...) en los casos en que no hay enajenación, el mismo progreso de la Antropología mostrará la existencia de una individualidad que se ha convertido en malhechora por un accidente y que de un día a otro dejará de serlo, al menos en el mismo grado. Un movimiento de la voluntad, dependiente del carácter moral es una cosa muy distinta que un movimiento de la voluntad por efecto de un error intelectual o de una descarga nerviosa. Es la diferencia que existe entre el ‘yo’ que se manifiesta tal cual es y el ‘yo’ que es presa de un enemigo, de una fuerza no inherente al organismo, sino en lucha con él y que procura destruirlo”. En alguna medida, a la vista de este pasaje, podría sostenerse que parte de la neurociencia actual ha querido ir más lejos de lo que defendía la antropología criminal de hace siglo y medio.

pese a algunos pasajes que hoy se podrían calificar de “brutales”, elaboró una compleja teoría de la “pena” (o, de manera más exacta, de la “reacción penal”) que, si bien ponía el acento, como es sabido, en la inocuización, percibía también efectos colaterales de carácter preventivo-general positivo (“la representación del mal causado por la pena refuerza el motivo moral de conducta en el espíritu de las personas honradas; es una resistencia, un sostén del sentido moral”)²⁷³.

En todo caso, y como es bien sabido, los postulados nucleares de la Escuela Positiva no podían circunscribirse únicamente al territorio italiano. En Alemania, VON LISZT —con diferencias, en nuestra opinión, no solo terminológicas, pero esencialmente terminológicas— continuaba una línea científica semejante y es bien conocida su tripartición de los delincuentes y su correspondiente tripartición de los fines de la pena²⁷⁴. Así: corrección para los delincuentes que la necesiten y sean susceptibles de esta, intimidación de los que no necesiten corrección y neutralización (no a través de la eliminación, como proponía buena parte de la Escuela Positiva italiana, sino con la privación de libertad de por vida) para los que no sean susceptibles de ser corregidos²⁷⁵.

Volviendo a nuestro tiempo, cabe apuntar que los métodos que se han desarrollado en las últimas décadas con el propósito manifiesto de predecir mejor la peligrosidad criminal son muchos y variados. En las próximas páginas no se pretende hacer un estudio en profundidad de los mismos (algo, por lo demás, ya suficientemente analizado por la doctrina), sino tan sólo ofrecer una panorámica que permita comprender el estado de la cuestión en esta materia y cuáles son las principales tendencias que en este campo tienen lugar a los efectos del desarrollo posterior de esta investigación.

²⁷³ GARÓFALO, R., *La criminología*, p. 220.

²⁷⁴ Sobre el posicionamiento científico de VON LISZT resultan particularmente interesantes las consideraciones realizadas por el propio FERRI, E., *Principios de Derecho criminal*, p. 54. Así, sostenía sobre la Escuela Positiva italiana que “en Alemania constituyó una derivación evidente de ella la ‘Escuela moderna’ de Liszt y de muchos de sus secuaces, aunque convenga hacer constar que Liszt, en la primera edición de su Tratado (1880), no se aleja mucho de las teorías tradicionales corrientes, y sólo en época posterior modifica sus afirmaciones, citando a los positivistas italianos, de quienes reproduce las ideas, aunque olvida después, con poca lealtad, recordarlos en las últimas ediciones de su obra”.

²⁷⁵ Así, VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984 (publicación original: 1882), pp. 114 y ss. Vid., para mayor detalle sobre sus planteamientos, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 47 y ss.

2. Método clínico vs. método actuarial

Con razón se ha dicho que ninguna distinción ha tenido tanto éxito en el ámbito de los métodos de predicción de peligrosidad como aquella que los divide entre clínicos y actuariales²⁷⁶. Mientras que los primeros se caracterizan por el papel del psicólogo o psiquiatra experto que efectúa sus juicios en atención a su experiencia, los segundos consisten esencialmente en la aplicación de métodos estadísticos que, sostenidos en correlaciones fundadas, pretenden aportar estimaciones de riesgo. Ahora bien, como con frecuencia sucede, la realidad es mucho más rica que las clasificaciones y divisiones tajantes y lo cierto es que nos encontramos con que entre ambos extremos existen una (casi) infinidad de métodos mixtos²⁷⁷.

En paralelo a la discusión sobre los métodos de predicción y su eficacia, transcurre el debate terminológico ya reseñado. En nuestros días, parece que el concepto de “peligrosidad” (de connotaciones aparentemente subjetivistas y arcaicas) ha ido dejando su lugar a un concepto de “riesgo” (de pretendido carácter técnico, neutral y objetivo)²⁷⁸. Parece claro, pese a todo, que “el concepto de peligrosidad resume, pero sólo con una claridad aparente, la idea del predictor por excelencia de la violencia futura”²⁷⁹.

A grandes trazos, se podría describir la evolución en la materia de los últimos setenta u ochenta años como un tránsito de la valoración clínica de la peligrosidad a la estimación actuarial o estructurada del riesgo²⁸⁰. Aunque a estas alturas probablemente nos

²⁷⁶ En este sentido, SKEEM, J. L. y MONAHAN, J., “Current Directions in Violence Risk Assessment”, *Current Directions in Psychological Science*, vol. 20, 2011, p. 39.

²⁷⁷ En esta línea, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial*, p. 97, ha señalado que la división nítida entre métodos clínicos y actuariales se halla lejos de ser incuestionable. Mantiene el autor que “la experiencia comparada muestra que el acomodo de los operadores jurídicos al uso de métodos y protocolos estadísticos se ha hecho sin cancelar el despliegue de los hábitos, valores y saberes profesionales, sino produciendo una hibridación de ambas metodologías en el ámbito práctico, sin descuidar por completo el contacto directo con los infractores”.

²⁷⁸ Vid., entre otros muchos, MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, pp. 4 y ss.; y ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S. “Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 28, 2007, p. 157.

²⁷⁹ ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S., *Papeles del Psicólogo*, p. 162.

²⁸⁰ Así, por ejemplo, ANDRÉS PUEYO, A. y ECHEBURÚA, E., “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”, *Psicothema*, vol. 22, n.º 3, 2010, p. 404, son rotundos al afirmar que “actualmente es preferible *valorar el riesgo* a *diagnosticar la peligrosidad*. La predicción del riesgo está en función de la peligrosidad del agresor y de la vulnerabilidad de las víctimas, *ambas* en el marco de un contexto situacional específico”. En una descripción más detallada de la que aquí se ofrece, PUJOL ROBINAT, A. y PUIG BAUSILI, L., “Concepto de peligrosidad criminal.

encontremos todavía más cerca del punto de partida que de la previsible llegada²⁸¹. Los motivos que han llevado a transitar este camino son variados. Se suele afirmar, por ejemplo, que los sistemas actuariales ofrecen claridad y objetividad en la toma de decisiones frente al oscuro proceso que representa la valoración subjetiva que el clínico realiza en atención a su experiencia²⁸². Se mantiene, también, que el sistema actuarial/estadístico favorece la toma en consideración de factores que reducen el riesgo de violencia y no sólo de aquellos que lo incrementan²⁸³. Igualmente, se dice con frecuencia que la predicción del riesgo proporciona mayor acierto que el diagnóstico de

Evolución histórica del concepto”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 94, 2008, pp. 278 y ss., presentan una clasificación de hasta cinco etapas diferenciadas. La primera de ellas alcanzaría hasta los años setenta y se caracterizaría por la hegemonía de los juicios clínicos no estructurados. La década siguiente (1970-1980) se encontraría dominada por los juicios clínicos estructurados. A mediados de los noventa se viviría el auge de los métodos exclusivamente actuariales, que darían paso (con la llegada del nuevo milenio) a los métodos mixtos. En la actualidad nos encontraríamos con la que denominan “nueva generación” de métodos de predicción: el “árbol de decisiones”. Esta última (y más desconocida) aproximación se caracterizaría, en palabras de ESBEK RODRÍGUEZ, E., “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Psicopatología Clínica legal y forense*, vol. 3, n.º 2, 2003, p. 62, por consistir “en plantear una serie de preguntas relacionadas con factores de riesgo asociados a la violencia. Contingente a la respuesta ante una pregunta determinada, se plantea una u otra sucesivamente hasta que el sujeto es clasificado en una categoría determinada de riesgo”.

²⁸¹ En este sentido, ARBACH LUCIONI, K., et al., “La práctica de la evaluación del riesgo de violencia en España”, *Revista de la Facultad de Medicina*, vol. 63, n.º 3, 2015, pp. 359 y ss., destacan que, aunque el juicio clínico sigue teniendo una presencia mayoritaria en España, “cada vez más expertos se adhieren a los principios tanto teóricos como técnicos de la valoración del riesgo de violencia”.

²⁸² Vid., a modo meramente ejemplificativo, MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, p. 18; y ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S., *Papeles del Psicólogo*, p. 168. Este argumento ha sido denominado con sumo tino por VON HIRSCH, A., *Past or Future Crimes*, p. 130, como “el argumento de la luz del sol” (*sunlight argument*). La idea de fondo de este argumento ya ha sido descrita: el empleo de métodos estadísticos explícitos trae a la luz del día una decisión que, en caso contrario, se tomará de forma menos objetiva y fiscalizable por el Juez. Ahora bien, en opinión de VON HIRSCH (que aquí se comparte) el argumento es insostenible, en tanto que presupone que hay un consenso en que la peligrosidad debe tener influencia en la sentencia y que la decisión reside entre una determinación de la misma informal y judicial o una estadísticamente objetivable. Sin embargo, señala el autor, tal consenso no existe.

²⁸³ Así, MARTÍNEZ GARAY, L., *Indret*, p. 9, señala cómo la inclusión de “factores protectores” es frecuentemente alegada como una de las grandes ventajas del empleo del concepto de “riesgo” frente al tradicional de “peligrosidad”. Aunque también se ha señalado, así, por ejemplo KRAUSS, D. A., et al., “Limited Expertise and Experts: Problems with the Continued Use of Future Dangerousness in Capital Sentencing”, en SCHOPP, R. F., et al. (Eds.): *Mental Disorder and Criminal Law*, Springer, Nueva York, 2009, p. 141, que los métodos de valoración actuarial del riesgo pueden ser criticados por su imposibilidad de incorporar factores verdaderamente raros, pero que correlacionen de forma muy importante con la posibilidad de delinquir o de no hacerlo.

la peligrosidad²⁸⁴. De la misma manera, se sostiene que el riesgo de violencia es específico y variable, mientras que la “peligrosidad” es dicotómica²⁸⁵.

Uno de los mayores defensores del método actuarial —a quien probablemente no sería injusto denominar “padre intelectual” del mismo— fue MONAHAN²⁸⁶. Particular importancia en la materia tuvo su monografía *The Clinical Prediction of Violent Behavior*²⁸⁷. Su postura podría reducirse a dos postulados básicos. En primer lugar, ya sería un tópico que el método actuarial es mucho más preciso y efectivo que el método clínico²⁸⁸. En segundo lugar, el actuarialismo no sólo presentaría ventajas en términos de precisión (lo que, como veremos, no puede ser considerado como un valor en sí mismo), sino que, adicionalmente, favorecería la discusión ética acerca de cuáles son los factores que legítimamente pueden ser tomados en cuenta para valorar la peligrosidad futura²⁸⁹. Es quizá esta segunda consideración la que merezca que nos detengamos brevemente. En ocasiones parece que el discurso que guía la predicción del comportamiento futuro se encamina únicamente a incrementar el nivel de acierto. Sin embargo, no está claro que ello deba ser así. La elevada precisión de un pronóstico no es el objetivo final del mismo, sino, simplemente, una condición necesaria y no suficiente para anudar al sujeto en cuestión algún tipo de consecuencia (jurídica)

²⁸⁴ Así, ANDRÉS PUEYO, A y REDONDO ILLESCAS, S., *Papeles del Psicólogo*, pp. 163 y ss. También, KRAUSS, D. A., et al., “Limited Expertise and Experts”, p. 141. De igual manera, MONAHAN, J., “A Jurisprudence of Risk Assessment: Forecasting Harm among Prisoners, Predators and Patients”, *Virginia Law Review*, vol. 92, 2006, p. 408.

²⁸⁵ ANDRÉS PUEYO, A. y ECHEBURÚA, E., *Psicothema*, p. 404. Sin embargo, parece que le asiste completamente la razón a MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, p. 10, cuando sostiene que “las estimaciones de probabilidad que se obtienen con este último método [valoración del riesgo] no difieren en último término demasiado de la conclusión (dicotómica) tradicional sobre si la peligrosidad está presente o no. Si bien la probabilidad de reincidencia (o de reincidencia violenta) podrá asumir un valor X entre el 0 y el 100%, pasando por todos los puntos intermedios, lo cierto es que todos estos instrumentos contienen puntos de corte, a partir de los cuales se considera la puntuación obtenida por un sujeto como indicativa de un riesgo de violencia alto o bajo (o, si se quiere, dividido en más niveles: extremo, alto, moderado, bajo o muy bajo, etc.). Y pienso que no hay excesiva diferencia entre decir que el sujeto es de riesgo bajo (o bajo/moderado—moderado—moderado/alto—alto—muy alto...) y afirmar que es muy poco peligroso (o moderadamente peligroso, bastante peligroso, muy peligroso, extremadamente peligroso, etc.)”.

²⁸⁶ Aunque él mismo no fuera consciente inicialmente del alcance de sus propuestas y defendiera moderadamente, MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, p. 89, que “uno de los caminos más prometedores en la mejora de la eficacia de las predicciones clínicas del comportamiento violento se encuentra en incrementar el énfasis en la incorporación de conceptos estadísticos en la toma de decisiones clínicas”. Es decir, parece que en puridad abogaba por un “método mixto”.

²⁸⁷ SINGH, J. P., “The History, Development, and Testing of Forensic Risk Assessment Tools”, en GRIGORENKO, E. L. (Ed.): *Handbook of Juvenile Forensic Psychology and Psychiatry*, Springer, Nueva York, 2012, p. 217, señala cómo la creciente popularidad de esta obra marcó el inicio de una “segunda generación” en la forma de valorar el riesgo de violencia.

²⁸⁸ MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, p. 65.

²⁸⁹ *Ibíd.*, p. 18.

relevante²⁹⁰. De esto, por paradójico que pueda parecer, resulta más consciente que la mayoría de los actuales investigadores el propio MONAHAN. El autor señala en la mencionada obra que es labor del psicólogo establecer relaciones de probabilidad entre determinadas características o factores y la producción de un resultado, pero que estas relaciones pueden sufrir determinados déficits en su legitimación²⁹¹. Podemos apreciar aquí un juicio normativo que el autor considera ajeno a sus propias competencias. No se trata ya solo de poder excluir factores de riesgo, sino también de determinar cuándo alguien “merece” una privación de derechos por su peligrosidad. Lo que no supone, por parte de la psicología, “escurrir el bulto”, sino “forzar al gobierno a aceptar su responsabilidad acerca de difíciles decisiones políticas relacionadas con las reivindicaciones contrapuestas de libertad y seguridad”²⁹².

En todo caso, conviene señalar que el punto de partida desde el que se llegó a la actual preeminencia de los métodos actuariales era el del juicio clínico poco profesionalizado y, seguramente, desde un punto de vista científico todavía endeble. En términos más precisos se suele denominar esta forma de predicción de la peligrosidad como “valoración clínica no estructurada”. Este método se caracteriza, en esencia, por carecer de protocolos o reglas precisas y exteriorizadas y dar la mayor importancia a la experiencia del profesional que se ocupe del tema²⁹³.

²⁹⁰ Vid., por todos, MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, p. 5, que señala cómo la legitimidad de las medidas de seguridad depende en enorme medida de que los pronósticos sean fiables. De forma similar, un rotundo partidario de las medidas de seguridad como JORGE BARREIRO ha reconocido que esta objeción debe llevar a un uso cauteloso, limitado y controlado de estas (así lo hace en JORGE BARREIRO, AG., “Crisis actual del dualismo”, p. 158).

²⁹¹ Sostiene así MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, p. 19, que “lo que los profesionales de la salud mental deberían hacer (...) es presentar y defender una estimación de la probabilidad de que un individuo incurra en un comportamiento violento y dejar que los jueces y el legislador (que son las personas adecuadas en una sociedad democrática para ponderar conflictos entre valores sociales) tomen la decisión acerca de si la probabilidad de comportamiento violento es suficiente para justificar intervenciones preventivas”. Con posterioridad, sin embargo, el autor se ha adentrado en consideraciones de ese tipo. Así, MONAHAN, J., *Virginia Law Review*, p. 395, ha sostenido que en el ámbito del Derecho penal (más precisamente, de la pena) solo factores que aporten información sobre el hecho anterior pueden ser tenidos en cuenta, mientras que en lo relativo al internamiento civil (e incluye aquí todas las formas de *civil commitment*) la selección de factores para el pronóstico de peligrosidad no debería verse constreñida, a salvo de la raza o la etnia por verse afectada la “cláusula de protección igualitaria” (*Equal Protection Clause*).

²⁹² MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, p. 102. Percibe también esta importante cuestión NOWARA, S., “Gefährlichkeitsprognosen bei Massregeln. Zur Güte von Prognosegutachten und zur Frage der Legalbewährung” en BARTON, S. (Ed.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 183. Igualmente, BOETTICHER, A., “Sicherungsverwahrung und Prognosegutachten”, p. 99, señala que esa idea es ya generalmente aceptada.

²⁹³ Así, ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S., *Papeles del Psicólogo*, p. 166.

Con el propósito de incrementar la fiabilidad y transparencia de la toma de decisiones, notas que en el sistema anterior habían sido particularmente criticadas, se transitó hasta el extremo opuesto: el método actuarial²⁹⁴. Método que constituye una estrategia predictiva cuyo origen se remonta, sin embargo, bastante tiempo atrás²⁹⁵. Los elementos característicos de este “nuevo” método son los de identificar los factores que pueden incidir en la comisión de delitos, asignarles un determinado valor y extrapolar datos de significación estadística a sujetos concretos. Sin embargo, lo cierto es que pese a sus múltiples ventajas sigue observándose en ocasiones con escepticismo²⁹⁶. El motivo principal de las reservas es que atribuir al individuo las propiedades de un colectivo por su simple pertenencia al mismo constituye un salto demasiado grande²⁹⁷. Estrechamente emparentada con esta objeción se encuentra la de que cada método actuarial sea solo apto para poblaciones muy similares, esto es, que compartan muchas características estadísticamente relevantes²⁹⁸. Siendo necesario, adicionalmente, que para tener una

²⁹⁴ Crítica, por ejemplo, la falta de transparencia ESBE RODRÍGUEZ, E., *Psicopatología Clínica legal y forense*, p. 43, cuando señala que “la doctrina criminológica es unánime en reconocer que el pronóstico de la peligrosidad del sujeto, más aún del tipo pre-delictual, es sumamente arbitrario puesto que no se estructura en datos objetivos de orden científico, ni se deriva de un análisis probabilístico riguroso. La valoración de la peligrosidad queda con frecuencia a merced de elementos subjetivos de carácter intuitivo-ideológico, por lo que se ha dicho que constituye un factor de inseguridad jurídica para la población”.

²⁹⁵ Es común en la literatura especializada identificar el trabajo de Ernest BURGESS *Factors Determining Success or Failure on Parole*, de 1928, como el germen de lo que sería el posterior desarrollo de los métodos actuariales (aunque entre este y el verdadero florecimiento de tales métodos diste casi medio siglo). En este trabajo se trató de elaborar un sistema estadístico que permitiera predecir el riesgo de reincidencia en aquellas personas que habían sido puestas en libertad de forma condicionada. Sobre estas consideraciones, vid. SINGH, J. P., “Forensic Risk Assessment Tools”, p. 216.

²⁹⁶ Así, EHER, R., et al., “Ermittlung des relativen und absoluten Rückfallrisikos mithilfe des Static-99 in einer deutschsprachigen Population entlassener Sexualstraftäter“, *Forensische, Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, vol. 6, n.º 1, 2012, p. 33.

²⁹⁷ Vid., al respecto, POLLÄHNE, H., “Kriminalprognostik zwischen richtigen Basisraten und falschen Positiven: Theoretische, methodologische und juristische Aspekte”, en BARTON, S. (Ed.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 222; y SCHOPP, R. F., *Competence, Condemnation, and Commitment*, p. 214. Llamen la atención sobre ello igualmente MARTÍNEZ GARAY, L., “Errores conceptuales en la estimación del riesgo de reincidencia. La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 14, 2016, p. 24; y también ZARA, G. y FARRINGTON D. P., *Criminal Recidivism*, p. 156. BOETTICHER, A., et al., *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, p. 479, señalan que eso, sin embargo, no debería llevarnos a decir que estos métodos carecen de valor, ya que proporcionan indicios muy significativos.

²⁹⁸ Así, MONAHAN, J., et al., “An Actuarial Model of Violence Risk Assessment for Persons with Mental Disorders”, *Psychiatric Services*, vol. 56, n.º 7, 2005, p. 810, sostienen que “como norma general, los modelos contruidos por el uso de procedimientos que confían en las asociaciones entre variables en una muestra particular son propensos a perder poder predictivo cuando son aplicados a nuevas muestras”.

mayor potencia predictiva nos encontremos ante una población lo más amplia posible²⁹⁹. Además, frente a este tipo de pronósticos se genera una suerte de indefensión, pues resulta difícil saber cómo puede rebatir el “sujeto peligroso” su pronóstico basado en estrictos datos estadísticos³⁰⁰. Datos, por otra parte, que en muchas ocasiones se encuentran conformados por realidades que aportan más información (criminológicamente hablando) acerca de la “peligrosidad social” del sujeto que de la estricta “peligrosidad criminal”³⁰¹.

²⁹⁹ Rotunda y clarificadora en este punto, MARTÍNEZ GARAY, L., *Revista Española de Investigación Criminológica*, p. 23, cuando explica que “es sabido que las tasas de prevalencia bajas afectan negativamente al valor predictivo positivo, y el Derecho penal suele estar interesado en obtener predicciones del riesgo de violencia respecto de los responsables de delitos más graves, que son los menos frecuentes, por lo que precisamente en las predicciones que más interesan al Derecho penal es muy probable que los valores predictivos positivos sean muy bajos, y haya por tanto muchos falsos positivos”. En una línea similar, NOWARA, S., “Gefährlichkeitsprognosen”, p. 179.

³⁰⁰ Así, PFÄFFLIN, F., “Mängel im Prognosegutachten”, en BARTON, S. (Ed.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 265. En esta misma línea, recientemente cobró gran difusión mediática un supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo de Wisconsin (caso 2015AP157—CR, Estado de Wisconsin contra Eric L. Loomis, 2016). El asunto, en lo relativo a lo que ahora nos importa, se puede resumir así: Eric Loomis fue detenido y condenado por haber sido el conductor de un vehículo desde el que se efectuaron unos disparos. Para determinar la pena que se le impuso se tuvo en cuenta la peligrosidad que el autor representaba. Hasta ahí, el asunto no reviste ninguna particularidad en lo que a la práctica judicial norteamericana se refiere. Lo particular del supuesto fue que el instrumento que se utilizó para medir su peligrosidad fue el denominado sistema COMPAS, propiedad de la empresa Northpoint, Inc., y que en tanto que propiedad industrial estaba sujeto a secreto empresarial. Precisamente por su naturaleza confidencial no era (ni es) posible conocer con exactitud qué factores fueron computados ni cuál es el peso que el algoritmo en cuestión les concedió. El sujeto condenado entendió que eso vulneraba su derecho a la defensa, pues no podía comprobar que el procedimiento se había llevado a cabo de manera adecuada. Por este motivo recurrió su condena en primera instancia al Tribunal Supremo de Wisconsin que confirmó la condena, entre otros argumentos, debido a que al parecer algunos Estados habían realizado estudios de valoración del instrumento en cuestión que habían arrojado como resultado el de que las estimaciones del COMPAS eran suficientemente precisas. En nuestra opinión, parece claro que una situación así genera una importante indefensión que evidencia notablemente el riesgo que este tipo de instrumentos representan. Ya no se trata únicamente de que sea difícil rebatir datos de carácter estadístico, sino que hemos llegado al punto en el que parece jurídicamente lícito que la empresa que creó el instrumento esconda la manera en que estos son generados. Más información sobre este asunto (y con un planteamiento especialmente crítico que aquí se comparte) se puede encontrar en MARTÍNEZ GARAY, L., *Revista de Derecho penal y Criminología*, pp. 485-502. Dicha autora, en lo relativo a la opacidad de la herramienta (protegida por propiedad industrial), defiende que “los tribunales no deberían admitir valoraciones de riesgo hechas con algoritmos secretos. De ningún modo si son propiedad de empresas privadas que los consideran secretos de empresa: no debe permitirse que se haga negocio a costa de las garantías procesales de los acusados. Pero tampoco si la confidencialidad deriva de algún otro tipo de protección legal: si la valoración de riesgo influye en alguna medida en la gravedad de la condena, los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE implican a mi juicio que el acusado tiene que poder cuestionar siempre no sólo sus resultados, sino también su diseño y funcionamiento” (p. 499). En un sentido parecido, MIRÓ LLINARES, F., *Revista de Derecho penal y Criminología*, p. 120, se adhiere a la posición de aquellos que consideran que “conforme a nuestro Ordenamiento Jurídico no sería aceptable la utilización de herramientas en la justicia que los litigantes no estuvieran en disposición de conocer”.

³⁰¹ En este sentido, le acompaña la razón a ROMEO CASABONA, C. M., “Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad”, *Revista Penal*, n.º 42, 2018, pp. 168 y ss., cuando señala, en relación con los métodos actuariales que “uno de los problemas que

Aunque tampoco debemos pasar por alto que el método actuarial permite también desarrollar un modelo político concreto de gestión del crimen (paradigma actuarial) que no se encuentra exento de críticas y que se caracteriza por determinadas (y selectivas) políticas de prevención del crimen frente a poblaciones concretas; y que, además, ha tenido una importante incidencia en el medio penitenciario³⁰².

Resultan particularmente interesantes en este punto los argumentos ofrecidos por HARCOURT frente al empleo de sistemas actuariales (desde una perspectiva general que abarca cuestiones como el *profiling*, gestión policial del crimen, etc.). Estos podrían ser resumidos en tres. En primer lugar, son varios los problemas matemáticos que impiden que el método actuarial de gestión del riesgo pueda ser exitoso (como, por ejemplo, la latente presunción de que distintos colectivos con diversas tasas de delincuencia presentan una misma elasticidad frente a la persecución de delitos, lo que no solo no está demostrado, sino que además resulta contraintuitivo)³⁰³. En segundo lugar, el empleo del método estadístico termina por sobredimensionar el peso de determinados colectivos en

presentan estas tablas radica en que en el cuestionario se incluyen en ocasiones preguntas que guardan relación con el estilo de vida o con el entorno familiar, pero no de modo inmediato, ni siquiera mediato —entendiendo—, con una proclividad al delito o que al menos puedan calificarse como factores criminógenos. A pesar de ello se computan en la evaluación final sobre el pronóstico criminal (...) estos criterios son más afines a categorías paradélictivas que suele manejar la Criminología norteamericana, la cual habitualmente incluye en su objeto de estudio conductas de desviación social no delictivas, aunque puedan perseguir tan sólo meros objetivos comparativos. Sin embargo, este enfoque no ha solido tener cabida en los ordenamientos jurídicos ni en la Criminología de la Europa continental; en concreto, no la tienen en el español, una vez superado y eliminado el parámetro tan excesivo y pernicioso de la peligrosidad social como presupuesto para la aplicación de medidas de seguridad”.

³⁰² Imprescindible en este punto resulta la reciente monografía de CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo*, en particular, pp. 54 y ss. (para un planteamiento general de la cuestión) y pp. 105 y ss. (para un detallado análisis de distintos instrumentos de valoración de riesgos empleados en el ámbito penitenciario). Conviene, con todo, recordar, como hace este autor, que nuestro ordenamiento cuenta con un importante “condicionante normativo” en el art. 6.1 del Reglamento Penitenciario, que dispone que “[n]inguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno” (pp. 107 y ss.). Muy ilustrativo con respecto a la tendencia general es también RIVERA BEIRAS, I., “Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 9, 2015, p. 136, cuando señala que “pocas dudas existen acerca de la recepción en España de una racionalidad punitiva de corte actuarial que ha impregnado fuertemente el sistema penal juvenil y penitenciario de adultos. Esa importación de modelos foráneos y extraños a la tradición constitucional en la que se inserta España, pese a haber sido resistida en ocasiones por sus propios aplicadores de base y otros operadores del sistema penal, ha penetrado fuertemente en el mismo”. En concreto, el instrumento Ris—Canvi en la Administración Penitenciaria catalana constituye el ejemplo paradigmático de tal infiltración fomentada por la propia Administración y con una creciente relevancia en el ámbito jurisdiccional. Vid., sobre este concreto instrumento (y sobre alguno de los problemas que plantea), CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo*, pp. 224 y ss. y MARTÍNEZ GARAY, L., *Revista Española de Investigación Criminológica*, pp. 3 y ss.

³⁰³ HARCOURT, B. E., *Against Prediction*, p. 123.

relación con el delito (pues se detiene en mayor medida a los criminales que pertenecen a los colectivos más vigilados)³⁰⁴. Y, finalmente, se produce una distorsión de lo que tradicionalmente hemos venido entendiendo como “castigo justo”³⁰⁵. Este tipo de consideraciones tiene, por supuesto, mucho mayor recorrido en los ámbitos de intervención policial (identificación de sujetos, control de zonas, etc.) que en el de la propia atribución judicial de consecuencias jurídicas lesivas³⁰⁶.

En todo caso, una cuestión merecedora también de crítica es la de la excesiva rigidez de estos mecanismos. Es decir, su inherente falta de capacidad de adaptación a supuestos excepcionales³⁰⁷. Imaginemos, por ejemplo, que un sujeto condenado por agresión sexual presenta una serie de caracteres que generalmente se asocian a una mayor peligrosidad criminal por parte de los sistemas actuariales. Se trataría, pongamos por caso, de un varón joven, con antecedentes penales por delitos sexuales, consumo excesivo de estupefacientes, extranjero sin arraigo y que presenta, además, rasgos de carácter psicopático. Un sujeto así sería calificado por cualquiera de los métodos actuariales como un individuo con un riesgo muy elevado de reincidencia. Pensemos ahora que el condenado, obviamente tras su agresión, quedó tetrapléjico en la huida del lugar del

³⁰⁴ Lo explica con claridad HARCOURT, B. E., *Against Prediction*, p. 147, cuando defiende que “si la policía dedica más recursos a la investigación, persecución y detención de miembros pertenecientes a grupos con altas tasas de delincuencia, la distribución resultante de las detenciones (...) representará de forma desproporcionada a los miembros de ese grupo”. Posteriormente, pp. 154 y ss., añade que “el *criminal profiling*, cuando funciona, constituye una profecía autocumplida. Este agrava con el paso del tiempo la percepción de una correlación entre la característica de pertenencia al grupo y delito. Lo que llamo el ‘efecto trinquete’ (*ratchet effect*) podría considerarse un ‘efecto multiplicador’ del *criminal profiling*: el *profiling* podría incrementar la brecha en la población penitenciaria”. En definitiva, se aumenta el porcentaje de miembros pertenecientes a un colectivo en prisión (se los sobrerrepresenta) y luego ese porcentaje se emplea para establecer la vinculación entre la pertenencia a tal colectivo y la posibilidad de delinquir. Finalmente, se construye una suerte de mecanismo que se retroalimenta, pues la vinculación indicada luego se vuelve a emplear para destinar efectivos policiales a colectivos concretos.

³⁰⁵ En este sentido, explica HARCOURT, B. E., *Against Prediction*, p. 188, en qué manera las antiguas concepciones de “castigo justo” han sido desplazadas por una óptica actuarial; en buena medida, porque los instrumentos actuariales han permitido un nivel de determinación que no puede encontrarse en teorías como las retributivas o preventivo-generales.

³⁰⁶ Pese a las posibles críticas que estas prácticas puedan merecer, seguramente tenga razón MIRÓ LLINARES, F., *Revista de Derecho penal y Criminología*, p. 98, cuando señala que, dada la gran popularización de estas estrategias policiales en el entorno angloamericano (se refiere en concreto a la “Inteligencia Artificial Policial”, pero creemos extensible su pronunciamiento a estas herramientas quizás algo más “toscas”), “parece difícil pensar que en un futuro muy cercano los mismos no estén implantados a casi todos los niveles y ámbitos de la actuación policial”. Y es que, al fin y al cabo (y en palabras, de nuevo, del autor citado), estas estrategias suponen “la evolución natural de la aplicación de las técnicas del denominado análisis del delito” (p. 98).

³⁰⁷ Algo que ya señaló el propio MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, p. 90.

crimen³⁰⁸. Es de puro sentido común sostener que el sujeto no volverá a agredir sexualmente a nadie y es prácticamente seguro que los métodos actuariales no recogerían (salvo excepción que se nos pase por alto) esta situación. Si las consecuencias a aplicar a los sujetos peligrosos dependieran exclusivamente del método actuarial, el sujeto en cuestión sería privado de derechos de forma, a todas luces, injustificada. Sin embargo, si se diera entrada a la discrecionalidad del profesional clínico todas las ventajas predicadas del método actuarial (objetividad, transparencia, etc.) volverían a depender de los profesionales a quienes, precisamente, se quería controlar. La paradoja es irresoluble.

De hecho, esta paradoja provoca, como parece inevitable, que entre ambos extremos (método clínico y método actuarial) se encuentre el denominado “juicio clínico estructurado”. El mismo no sería más que una pretendida combinación de lo mejor de los dos mundos que el método clínico y el actuarial suponen. Este sistema “requiere del evaluador numerosas decisiones, basadas en el conocimiento experto de la violencia y de los factores de riesgo, a las que ayudan las ‘guías de valoración’ cuya estructura proviene de los análisis actuariales”³⁰⁹. En definitiva, los datos actuariales asumen un rol accesorio en la toma de la decisión del profesional³¹⁰. Este tipo de guías “son herramientas al servicio de los profesionales y no sustituyen a estos en la toma de decisiones”³¹¹. Sin embargo, la mayor fortaleza de este método es también su mayor debilidad, dado que los profesionales clínicos tienen la posibilidad de asignar un peso sub-óptimo a los factores a valorar produciendo así un resultado ineficiente³¹².

Quizá valga la pena reparar en algo que normalmente se pasa por alto. Sea un método clínico, actuarial o mixto el que se utilice, el criterio para calificar a alguien como peligroso no es, como a veces se parece dar por

³⁰⁸ Este ejemplo se encuentra inspirado en uno similar empleado por PETERSEN, T. S., “(Neuro)predictions, Dangerousness, and Retributivism”, *The Journal of Ethics*, vol. 18, 2014, p. 144, ideado para testar las diferencias o semejanzas que puede haber en las concepciones utilitaristas y retribucionistas de la pena a la hora de fundamentar un mayor castigo al sujeto reincidente peligroso.

³⁰⁹ ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S., *Papeles del Psicólogo*, p. 168.

³¹⁰ En esta línea deberían enmarcarse las consideraciones de BOETTICHER, A., et al., *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, p. 481, cuando señalan que cada uno de los instrumentos no es más que un “medio auxiliar” (*Hilfsmittel*) entre otros muchos.

³¹¹ ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S., *Papeles del Psicólogo*, p. 169.

³¹² Así, KRAUSS, D. A., et al., “Limited Expertise and Experts”, p. 143. FORDE, R. A., *Bad Psychology: How Forensic Psychology Left Science Behind*, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2018, p. 57, señala también que existe el riesgo de que *de facto* esta clase de valoraciones que pretenden evitar los inconvenientes de los métodos actuariales no supongan más que un nuevo juicio clínico que merece ser descartado.

sobreentendido, el de proteger un determinado bien jurídico. Esto es, no se considera a alguien peligroso exactamente porque vaya a lesionar un bien jurídico, sino, más bien, porque va a intentarlo³¹³. La probabilidad de que el bien jurídico resulte indemne pese a la tentativa del autor no se computa a estos efectos. La diferencia entre una estimación y otra rara vez será relevante, pero pueden imaginarse casos donde pese a una contumaz y premeditada intención de un sujeto de cometer un concreto delito su específica perpetración le resulte prácticamente imposible. Por poner un ejemplo ciertamente extravagante, pero, creemos, muy ilustrativo, cabría que un sujeto concreto sin acceso a armas de fuego tuviera una irreprimible pulsión sexual en relación con boxeadores profesionales. Posiblemente, incluso, tratara de agredir sexualmente a alguno de ellos, pero el intento estaría desde un primer momento abocado al fracaso. El caso es sumamente excepcional, pero solo pretende poner de relieve que no es la intención del autor lo que, en verdad, pone en peligro el bien jurídico, sino la posibilidad de materialización de la misma. Y este segundo punto se obvia con demasiada ligereza. Un segundo ejemplo más factible es el de un agresor sexual que padeciera algún trastorno parafílico relacionado con menores de edad, hubiera sido condenado por algunos delitos sexuales, se le conociera públicamente y viviera, sin hijos, en una pequeña población. Por fuertes que pudieran ser sus deseos, la posibilidad de que se encontrase en un escenario apto para consumir el delito que persiguiera sería tan reducida que, aunque se pudiera establecer con seguridad que lo fuera a intentar, se podría aseverar con la misma certeza que no lo conseguiría. Un tercer ejemplo en el que esto podría ser relevante es el de un muy mediático y conocido estafador que pretendiera volver a llevar a cabo distintas estafas. En principio, sería razonable pensar que, si la ciudadanía estuviera medianamente avisada, tales intentos estarían abocados de antemano al fracaso. Un último ejemplo lo constituiría el de un sujeto condenado a prisión por determinados delitos intrínsecamente conectados con la función pública que ejercía que declarase que “lo volvería a hacer” cuando sobre este pesara además una extensa inhabilitación para el ejercicio de tal función pública. En este caso quizás el sujeto querría en verdad hacerlo, pero aquí,

³¹³ En este punto son particularmente interesantes las consideraciones efectuadas por DEI VECCHI, D., *La Ley Penal*, p. 4, al distinguir el “peligro” propio de los conceptos de “delito de peligro” de la peligrosidad de frustrar los fines del proceso penal empleada, por ejemplo, como presupuesto de la prisión provisional. En el primer caso “el peligro relevante es, podría decirse, de primer orden: dada una acción específica ejecutada por el pretendido *peligroso* se pronostica, sobre la base de ciertos elementos, que es probable (con más o menos abstracción) la producción de tal o cual resultado dañoso”. La “peligrosidad” de un sujeto “es en cambio de segundo orden: consiste en pronosticar tanto la producción del evento relevante (i.e. la ejecución de la acción) cuanto la producción de un resultado concreto a partir de ella. La diferencia es la que reside entre los enunciados ‘haber puesto en peligro a F’ y ‘peligro de que F sea puesto en peligro’. En consecuencia, habrá, por una parte, una previsión determinada por la probabilidad (en la medida relevante) de que el imputado *intente* una acción (i.e. el peligro de ejecución de la acción); por la otra parte, habrá una previsión determinada por la probabilidad (en la medida relevante) de que tal acción sea exitosa (i.e. el peligro de daño producido por la acción probable)”. Parece que la peligrosidad de cometer un delito en el futuro puede ser perfectamente equiparada al *periculum libertatis* y, por tanto, ser entendida en el mismo sentido como un peligro de segundo orden.

como en tantos otros puntos, constituiría un error confundir deseo y realidad.

Sin embargo, no se puede obviar antes de finalizar este epígrafe que una pretendida separación tajante entre métodos actuariales y clínicos simplemente no es posible. Y no lo es, además, por una cuestión estructural, de manera que ni el progreso de los métodos clínicos ni el avance de los sistemas actuariales podrá disolver el problema. La determinación de peligrosidad se hace siempre (se quiera o no, se sea consciente o no) en atención a las más básicas reglas de experiencia³¹⁴. En un caso (método actuarial) se hallan muy formalizadas, en otro caso (método clínico) sencillamente se encuentran latentes. Cuando el profesional clínico entrevista y evalúa a un sujeto concreto, lo hace (y así tiene que ser) en atención a los conocimientos de los que dispone. El “problema” es que tales conocimientos no se encuentran conformados más que por su aprendizaje teórico (basado, por motivos didácticos obvios, en generalizaciones) y por su experiencia clínica (que necesariamente se remite a otros pacientes). Mantener, entonces, que el método clínico es más individualizado no es correcto³¹⁵. Lo que sucede es que esconde mejor la traslación de criterios generales a casos particulares³¹⁶. En esta línea, HARCOURT ha señalado que “el juicio clínico es simplemente el equivalente humano e intuitivo a lo

³¹⁴ En este sentido, señala FORDE, R. A., *Bad Psychology*, p. 234, que, si el juicio clínico está basado en la experiencia profesional que se obtiene de un conjunto de casos, entonces no se trata más que de un juicio estadístico encubierto: el juicio se hace sobre la base de lo que otros casos han evidenciado.

³¹⁵ Extremadamente ilustrativo el ejemplo de SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, p. 67, al respecto. Allí señala que “en efecto, el argumento de que aparentemente el examen individualizado no es tan diferente de estereotipar o generalizar por razas se fortalece una vez reconocemos que la capacidad para predecir el comportamiento de *este* pitbull en condiciones reales a partir del comportamiento de *este* pitbull en un entorno controlado se basará necesariamente en la experiencia con otros pitbulls, simplemente como la capacidad de predecir el rendimiento de este estudiante en la universidad con base en los test estandarizados de este estudiante está necesariamente basado en la experiencia, en otros entornos, con otros estudiantes. Una vez que estamos en el ámbito de la predicción resulta que incluso la llamada evaluación individualizada es mucho menos individual y mucho más general de lo que parece a primera vista. Analizar a cada perro como un perro individual implica inevitablemente una evaluación basada en generalizaciones y en lo que sabemos, probabilísticamente, del comportamiento de otros perros bajo otras condiciones”.

³¹⁶ En este punto es extraordinariamente claro (aunque en relación con otra problemática diferente) SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, p. 172, “las inferencias extraídas de observaciones de pruebas físicas se encuentran fundadas en generalizaciones estadísticas y el conjunto de inferencias que producen una conclusión u observación supuestamente ‘directa’ no es nada más que una recolección de inferencias de generalizaciones que se saben fiables. Simplemente como el *profile*”. En una misma línea, aunque de forma menos expresa, se manifiesta MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, p. 66. También STEIN, A., *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 71, señala que la prueba del caso concreto obtiene siempre su valor probatorio de otras generalizaciones.

actuarial” y constituye, en realidad, “la versión menos rigurosa de categorización y predicción, la corazonada en lugar de la regresión”³¹⁷. De este modo, si bien sería preciso relativizar el avance que los métodos actuariales pueden representar, no parece que estos supongan en puridad un retroceso en lo que a la individualización del análisis del sujeto se refiere.

No es ese, empero, el único punto en el que las críticas que acompañan al criterio de riesgo (y su valoración) no se encuentran del todo fundamentadas. Así, aunque con frecuencia pareciera que los sistemas actuariales solo pretenden la intensificación de la respuesta punitiva para determinados colectivos, puede suceder que este tipo de mecanismos sirva precisamente para lo contrario³¹⁸. En esta línea, BRANDARIZ ha señalado que, aunque muchas “tecnologías del riesgo” se utilicen con el propósito de excluir a determinados sujetos, “el riesgo puede dar lugar a prácticas renovadas orientadas a la contracción del sistema y a su redefinición en clave incluyente”³¹⁹.

3. Peligrosidad y enfermedad mental

Una cuestión debatida y que tiene, además, especial importancia (también para el contenido de este trabajo) es la de si la enfermedad mental se encuentra particularmente asociada a la violencia. En este sentido, aun cuando parece constatado que ello efectivamente es así, “en numerosos contextos académicos y asistenciales, muchos investigadores de las ciencias sociales y defensores de los pacientes argumentan que la

³¹⁷ HARCOURT, B. E., *Against Prediction*, p. 237. En el mismo sentido que tales afirmaciones, POLLÄHNE, H., “Kriminalprognostik”, p. 242. Un paso más en esta dirección lo da MIRÓ LLINARES, F., *Revista de Derecho penal y Criminología*, p. 126, cuando, defendiendo las posibilidades que ofrece la admisión controlada de determinados aportes procedentes de la inteligencia artificial, señala que “las herramientas predictivas de las que hablamos no vienen más que a hacer lo que ya se hacía y se hace a día de hoy de manera tradicional y manual y probablemente con los mismos sesgos o más, añadiendo, en algunos casos, una metodología más sistemática o científica”.

³¹⁸ WANDALL, R. H., “Actuarial Risk Assessment. The Loss of Recognition of the Individual Offender”, *Law, Probability and Risk*, vol. 5, 2006, p. 199, considera que la valoración actuarial del riesgo representa una nueva estrategia que puede ofrecer a determinados sujetos sanciones alternativas limitando así el uso de la pena de prisión. De hecho, HARCOURT, B. E., *Against Prediction*, p. 22, ha puesto de relieve cómo el origen de los sistemas actuariales procede (paradójicamente) de la pretensión de alcanzar mayores cotas de individualización permitiendo contar en el caso concreto con la mayor información posible para poder dar la más apropiada respuesta individualizada.

³¹⁹ BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial*, p. 61. En un sentido similar se pronuncian también BLAY GIL, E., “Riesgo y penas comunitarias. El papel del riesgo en los protocolos para la supervisión de penados en la comunidad”, en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Ed.): *Delincuentes peligrosos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 83 y CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo*, pp. 49 y ss.

relación propuesta entre trastorno mental y violencia es una falsa creencia, prejuiciosa y que alimenta el estigma del enfermo mental como un sujeto violento”³²⁰. En todo caso, no debemos pasar por alto que la violencia no se relaciona con la enfermedad mental únicamente haciendo que quien la padece se encuentre más predispuesto a la comisión de actos violentos, sino también haciendo que sea más proclive a padecerlos³²¹.

Con independencia de lo anterior puede no ser ocioso recordar que la psiquiatría no siempre ha operado como una rama genuinamente médica en su contexto social. Particularmente expresivo fue FOUCAULT cuando relató que la “psiquiatría” había actuado, siglos atrás, como un mecanismo de poder sin ánimo de cuidar clínicamente del paciente, sino con el propósito de excluir de la sociedad al anormal³²². Produciendo, en ocasiones de forma más consciente que en otras, una identificación entre anormalidad, enfermedad y delincuencia³²³. Es posible que tal forma de operar en los inicios de la psiquiatría sea la culpable de que hoy en el imaginario popular (pero no solo en este) la asociación entre enfermedad mental y delincuencia sea tan recurrente.

Este debate se ha suscitado con enconado interés en el ámbito angloamericano, donde se ha llamado la atención (en particular en relación con la pena de muerte) sobre el llamado “dilema de la espada de doble filo”. Expuesto de manera muy simple: la “locura” podría servir para atenuar la responsabilidad de un sujeto, pero también podría conllevar un aumento en la valoración de su peligrosidad, algo ciertamente inquietante si partimos de que cabría ejecutar a aquel que aunque no sea completamente imputable sea especialmente peligroso³²⁴. Hemos de partir, pues, de que en la mayoría de legislaciones

³²⁰ ARBACH LUCIONI, K. y ANDRÉS PUEYO, A., “Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR—20”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 28, 2007, p. 175. Por su parte, PUJOL ROBINAT, A., et al., “Valoración forense del riesgo de violencia”, *Medicina Clínica*, vol. 142, 2014, p. 19, defienden que “todavía no hay un consenso en la relación violencia-enfermedad mental”.

³²¹ DESMARAIS, S. L., et al., “Community Violence Perpetration and Victimization Among Adults with Mental Illness”, *Research and Practice*, vol. 194, n.º 12, 2014, p. 2347.

³²² Señala FOUCAULT, M., *Historia de la locura en la época clásica. Tomo I*, 2ª ed., Fondo de cultura económica, México, D. F., 2014 (publicación original: 1972), p. 102, por ejemplo, que durante un tiempo “[a]ntes de tener el sentido medicinal que le atribuimos, o que al menos queremos concederle, el confinamiento ha sido una exigencia de algo muy distinto de la preocupación de la curación. Lo que lo ha hecho necesario ha sido un imperativo de trabajo. Donde nuestra filantropía quisiera reconocer señales de benevolencia hacia la enfermedad, sólo encontramos la condenación de la ociosidad”.

³²³ *Ibid.*, pp. 214 y ss.

³²⁴ En parecidos términos, la describe SLOBOGIN, C., “Capital Punishment and Dangerousness”, en SCHOPP, R. (Ed.): *Mental Disorder and Criminal Law: Responsibility, Punishment and Competence*, Springer, Nueva York, 2009, p. 119.

de los Estados Unidos en que se contempla la pena de muerte el análisis de la futura peligrosidad del autor desempeña un papel muy relevante³²⁵.

Resulta discutida también la problemática de quién tiene la competencia de considerar que el sujeto en cuestión es, a estos efectos, peligroso. En opinión de SCHOPP, que aquí se comparte, los peritos no están capacitados para ello pues sólo pueden ofrecer probabilidades y debe ser el juez (o el jurado, en su caso) quien decida si esa probabilidad es suficiente para justificar la ejecución³²⁶. El perito no es competente (ni tiene legitimidad) para considerar justificada o no la aplicación de la ley³²⁷.

Este tipo de discusión puede resultar de entrada ajena al observador europeo, pero, con matices, este mismo problema se puede reproducir (en lo estructural) en otros lugares. Así puede suceder, por ejemplo, en el ámbito de la psicopatía. En relación con esta anomalía se ha señalado que, probablemente, se trate de una de las circunstancias personales del autor “peor tratadas” por el ordenamiento jurídico, de forma tal que, en la práctica podría constituir una “circunstancia agravante” de la responsabilidad penal³²⁸. El motivo de todo ello parece claro: si la psicopatía se caracteriza esencialmente por una carencia de empatía y remordimientos y si la posibilidad de reincidencia es mayor en este tipo de sujetos, el individuo en cuestión constituye un peligro superior para la sociedad que el que suponen otro tipo de personas. Y si la valoración de la peligrosidad de un sujeto permea en nuestro ordenamiento, como efectivamente hace, es de esperar un tratamiento

³²⁵ KRAUSS, D. A., et al., “Limited Expertise and Experts”, p. 135.

³²⁶ SCHOPP, R. F., “Two-Edged Swords, Dangerousness, and Expert Testimony in Capital Sentencing”, *Law and Psychology Review*, vol. 30, 2006, p. 100.

³²⁷ Vid., sobre la discusión acerca del ámbito de competencia de los peritos en el marco del ordenamiento jurídico español, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 275 y ss.; aunque, como señala con tino más adelante, lo cierto es que “el psiquiatra no puede ‘excederse en sus competencias’ porque en realidad no tiene más competencia que la que el propio juez le otorga al solicitar su colaboración en determinadas materias” (p. 360). A ello habría que añadir, además, la cautela de que el psiquiatra no es, parafraseando las célebres palabras de MONTESQUIEU, “la boca muda que pronuncia las palabras de la ciencia”. Como ha señalado SCHILD, W., *Dimensionen der Schuldunfähigkeit. Eine alternative Kommentierung der §§20, 21 StGB aus 1990*, Dr. Kovac, Hamburgo, 2009, p. 29, es preciso tener siempre presente que bajo el término “psiquiatría” conviven una infinidad de tendencias distintas, con sus diversos métodos y diferentes conceptos de “enfermedad mental”.

³²⁸ FOX, A. R., KVARAN, T. H. y FONTAINE, R. G., “Psychopathy and Culpability: How Responsible Is the Psychopath for Criminal Wrongdoing?”, *Law and Social Inquiry*, vol. 38, n.º 1 (invierno 2013), pp. 2 y ss. Si bien es verdad que los autores se refieren en concreto al modelo jurídico-penal norteamericano, lo cierto es que las afirmaciones que realizan respecto a esta concreta cuestión son perfectamente extrapolables a nuestro marco jurídico.

más severo (no necesariamente, ni tampoco especialmente, en lo relativo a la duración de la pena) para el psicópata en cuestión. En definitiva, aunque se aceptara la atenuación de la responsabilidad penal del psicópata (algo que aquí se rechaza), lo cierto es que, casi con seguridad, este sería castigado de forma más intensa que aquella en que lo sería un sujeto de quien no se pudiera predicar tal trastorno (si no por la vía penológica cuantitativa, por la cualitativa)³²⁹.

4. Breve excursio sobre neurociencia y predicción

En las páginas anteriores hemos podido ver la manera en que los “métodos tradicionales” pugnan por ofrecer la mejor explicación posible del delito futuro con el objetivo de ser el más acabado sistema de predicción de la criminalidad. En la actualidad resultaría difícil ofrecer una explicación a esta polémica sustrayéndose a la cuestión de lo que la neurociencia pueda aportar al debate³³⁰.

Como aspecto previo, vale la pena señalar que, por moderno y “extravagante” que pueda parecer, lo cierto es que los métodos neurocientíficos de predicción criminal son ya una realidad en algunos países³³¹. En concreto, la aplicación de estos sistemas en el mundo norteamericano está siendo ya estudiada con profundidad³³². Las conclusiones esenciales

³²⁹ En este sentido, es preciso tener en mente que la afflictividad de una restricción de derechos no se mide únicamente en atención a su extensión temporal. Este es, sin duda, un parámetro de suma importancia, pero, desde luego, no el único. Una pena puede ser cuantitativamente extensa y ser, empero, cualitativamente menos lesiva que una de una duración mucho menor. La manera en que la pena se ejecute puede ser ciertamente distinta y esta variedad conduce a muy distintas “intensidades lesivas”. De este modo, conviene recordar con ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, p. 29, que la graduación de la respuesta jurídico-penal se vincula no solo a la propia pena, sino también con cuestiones estrechamente relacionadas como las penas accesorias y el régimen de ejecución.

³³⁰ Vid., para un amplio estudio de esta materia, SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, passim. En todo caso, coincidimos con MORSE, S. J., “Neuroprediction: New Technology, Old Problems”, *Bioethics Forum*, vol. 8, n.º 4, 2015, pp. 129, cuando señala que “la neuropredicción podrá, o no, convertirse en una herramienta útil, pero si lo hace, ya tenemos plenamente los recursos éticos y teóricos para abordar cualquier cambio ético o legal resultante”.

³³¹ Cuestión distinta es, sin embargo, la utilidad (técnicamente hablando) que estas nuevas herramientas puedan proporcionar. En este sentido, sostiene SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, p. 83, que “la peligrosidad es uno de los puntos donde entendemos que menos puede aportar la Neurociencia”.

³³² Especialmente interesantes en este sentido son los trabajos de DENNO, D. W., “The Myth of the Double-Edged Sword: An Empirical Study of Neuroscience Evidence in Criminal Cases”, *Boston College Law Review*, vol. 56, n.º 2, 2011, pp. 492-551 y FARAHANY, N. A., “Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis”, *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 2, 2016, pp. 485-509. Hasta donde alcanzamos a ver, este tipo de estudios no se ha realizado todavía en España.

de estas investigaciones (basadas en recolección de datos estadísticos) serían las siguientes:

- a) Se trata de “pruebas científicas” que son cada vez más usadas. En los Estados Unidos “solo en 2012, en más de 250 decisiones judiciales (más del doble que en 2007) los acusados alegaron que ‘sus cerebros les llevaron a hacerlo’”³³³. En este sentido, “el sistema de justicia penal ha estado largamente preocupado en descubrir la prueba perfecta que dé acceso a los pensamientos de los seres humanos. Las nuevas herramientas tecnológicas que registran la actividad cerebral individual provocan la ilusión de que podemos acceder directamente a la cognición”³³⁴.
- b) Son instrumentos usados en una medida comparativamente muy elevada en los supuestos en los que el acusado se enfrenta a penas especialmente graves (paradigmáticamente a la pena de muerte)³³⁵. En tal sentido, en el año 2012 y en los Estados Unidos “aproximadamente en el 5% de los juicios por asesinato y el 25% de los juicios de pena de muerte los acusados hicieron un alegato por una menor responsabilidad o un castigo menos severo empleando datos neurobiológicos”³³⁶.
- c) Los métodos de “escáner cerebral” son todavía minoritarios³³⁷.
- d) En contra de lo que pudiera temerse, estos métodos se están utilizando en mayor medida con propósitos de atenuación de la responsabilidad que con la intención de agravar la misma o la de determinar una futura peligrosidad³³⁸.

³³³ FARAHANY, N. A., *Journal of Law and the Biosciences*, p. 486.

³³⁴ ENCINAS DE MUÑAGORRI, R. y SAAS, C., “France. Is the Evidence Too Cerebral to Be Cartesian?”, en MORATTI, S. y PATTERSON, D. (Eds.): *Legal Insanity and the Brain. Science, Law and European Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 101.

³³⁵ DENNO, D. W., *Boston College Law Review*, p. 499. Según el estudio de la autora, entre 1992 y 2012 se han utilizado métodos neurocientíficos en 366 casos de pena capital (p. 545), entendiendo por “pruebas neurocientíficas” (p. 500) tanto los “test de imagen” (imágenes del cerebro generadas por ordenador), como “test no-de imagen” (test administrados por personal médico con el propósito de averiguar cómo opera el cerebro de una persona concreta).

³³⁶ FARAHANY, N. A., *Journal of Law and the Biosciences*, p. 486.

³³⁷ Según el estudio de FARAHANY, N. A., *Journal of Law and the Biosciences*, p. 494, esta clase de pruebas se emplean aproximadamente en un 15% de los casos en los que se utilizan valoraciones neurobiológicas como material probatorio en Estados Unidos.

³³⁸ DENNO, D. W., *Boston College Law Review*, p. 526; extremo, este último, en absoluto baladí si tenemos en cuenta que, como señalábamos antes, en la mayoría de los estados de Estados Unidos en

Las consideraciones anteriores no pueden llevarnos a pensar, sin embargo, que los métodos neurocientíficos permitan, sin ayuda de otras herramientas, predecir las posibilidades de delinquir de un sujeto³³⁹. Es evidente que el cerebro no puede explicar por sí sólo (sin referencias a factores personales y ambientales) la conducta de un sujeto. Ello salvo, claro está, que nos encontremos ante supuestos marcadamente patológicos que entrarían de lleno en el ámbito de la inimputabilidad. En definitiva, las técnicas neurocientíficas como la neuroimagen (una de sus herramientas más prometedoras) están lejos de proporcionar criterios de conocimiento tan sólidos como los que puedan proporcionar otras técnicas científicas en sus respectivos ámbitos como hacen, por ejemplo, las pruebas de ADN³⁴⁰.

El método que mayor éxito está cosechando en materia de investigación neurocientífica parece ser el de las técnicas de neuroimagen. Ahora bien, no hemos de perder de vista las importantes limitaciones con las que estos medios cuentan de cara a su posible utilización en el proceso penal. KORPONAY y KOENIGS consideran, por ejemplo, que entre sus principales inconvenientes se encuentran: el hecho de que la mera correlación no implique necesariamente causación, la realidad incontestable de que los cerebros cambian a lo largo del tiempo, la importante ambigüedad estadística que las comparaciones inevitables en

los que existe pena de muerte, la peligrosidad criminal es un factor relevante de cara a su efectiva imposición.

³³⁹ Particularmente clara al respecto es BASKIN-SOMMERS, A. R., “Dissecting Antisocial Behavior: The Impact of Neural, Genetic, and Environmental Factors”, *Clinical Psychological Science*, vol. 4, 2016, p. 502, cuando señala que “la identificación de factores neuronales comunes y excepcionales proporciona una base para el entendimiento del comportamiento antisocial. Ahora bien, el cerebro no opera aisladamente, por consiguiente, las investigaciones deben explorar el papel de los factores neuronales en confluencia con factores genéticos, ambientales y conductuales”. Posteriormente añade: “está claro que el papel de los factores ambientales es importante en el desarrollo del comportamiento antisocial (...) sin embargo, estos factores con frecuencia fracasan al no proporcionar especificidad alguna en términos de determinación del subtipo de trastorno conductual. Es solo con su combinación con factores neuronales y genéticos cuando empezamos a lograr especificidad predictiva” (p. 504).

³⁴⁰ Así, KORPONAY, C. y KOENIGS, M., “The Neurobiology of Antisocial and Amoral Behaviour: Insights from Brain Science and Implications for Law”, en MORATTI, S. y PATTERSON, D. (Eds.): *Legal Insanity and the Brain. Science, Law and European Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 33. HANOULLE, K. y VERBRUGGEN, F., “‘Neurosepticism’ in the Courtroom: The Limited Role of Neuroscientific Evidence in Belgian Criminal Proceedings”, en MORATTI, S. y PATTERSON, D. (Eds.): *Legal Insanity and the Brain. Science, Law and European Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 67, señalan en la misma dirección al mantener que, aunque las técnicas de neuroimagen tengan un “considerable potencial”, no se encuentran todavía en disposición de describir de forma fiable el estado mental de un individuo.

estas técnicas entre colectivo y sujeto individual introducen y las inherentes (reconocidas y asumidas) tasas de error de estas técnicas³⁴¹.

En último lugar y para cerrar este breve esbozo acerca del estado actual de la predicción neurocientífica de la violencia y de su previsible futuro, vale la pena realizar una precisión final. Y esta no es otra que la relativa al riesgo de que, pese a sus evidentes limitaciones, la aparente solidez científica que ofrece permita atribuir a la predicción y valoración neurocientífica un mayor acierto del que en verdad tiene. En esta línea, parece acreditado que las explicaciones con un componente neurocientífico son interpretadas por sujetos no expertos en estas ciencias como mejores explicaciones (con independencia de su auténtica validez)³⁴². El riesgo de que el “prestigio científico” de estas ramas del conocimiento lleve a sobreestimar su valor explicativo (especialmente a quien carezca de formación al respecto) es importante y debe ser tenido en cuenta a la hora de asumir su incorporación al proceso y su validez en el mismo³⁴³.

Parece, finalmente, que vivimos momentos en que los métodos biológicos de predicción de la peligrosidad viven una “segunda juventud”. Conviene quizás, anticipando ya cuestiones que se verán con mayor detalle en el próximo capítulo, no ser demasiado entusiastas con estos “avances” y recordar las palabras de VIVES ANTÓN cuando sostenía que “el mito del criminal nato no acaba de morir. Parece como si se pretendiera convertir

³⁴¹ KORPONAY, C. y KOENIGS, M., “The Neurobiology of Antisocial and Amoral Behaviour”, pp. 16 y ss.

³⁴² Así lo señalan, por ejemplo, WEISBERG, D. S., et al., “The Seductive Allure of Neuroscience Explanations”, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 20, n.º 3, 2008, p. 476. Estos autores, en el estudio referido, dividen a un colectivo de sujetos en dos grupos, cada uno de ellos dividido a su vez en dos subgrupos. De los dos grupos, uno cuenta con explicaciones neurocientíficas de un fenómeno y el otro no. Y entre los dos subgrupos de cada grupo, uno ofrece una explicación científicamente constatada y otro una explicación científicamente incorrecta (con o sin referencias neurocientíficas dependiendo del grupo al que pertenezcan). Una vez efectuadas las explicaciones se pide a los sujetos que valoren cómo de satisfactoria ha sido la explicación ofrecida. Lo que parece constatarse en experimentos con poblaciones distintas (sujetos sin formación neurocientífica, sujetos “iniciados” a la neurociencia y expertos) es que se reproduce siempre el patrón de que el aditamento de consideraciones neurocientíficas (necesarias o no, correctas o no, relacionadas con el tema o no) incrementa la satisfacción del sujeto en relación con la explicación que se le haya ofrecido.

³⁴³ No se muestra tan temerosa de esta posible consecuencia, bautizada como “efecto del árbol de Navidad”, SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, pp. 141 y ss.; autora que considera este efecto “más que cuestionable”, pese a lo intuitivo y razonable que de entrada parece. CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo*, pp. 100 y ss., por el contrario, va más allá y señala que este efecto (al que no otorga denominación alguna) se podría producir ya en relación con las herramientas matemáticas y estadísticas de valoración del riesgo.

al criminal en miembro de una raza maldita por la naturaleza. Y tal vez, inconscientemente, descargar en la naturaleza las culpas de la sociedad”³⁴⁴.

V. Conclusiones parciales

Este capítulo ha tenido por objetivo dar cuenta de la casi omnipresente aparición y emergencia del concepto de “peligrosidad criminal” en nuestra normativa penal. Se han puesto de manifiesto las diferentes formas terminológicas en las que el legislador hace referencia a un mismo concepto (al menos en lo sustancial). Se ha señalado cómo este concepto se encuentra presente en instituciones aparentemente tan dispares como la determinación judicial de la pena, la imposición de medidas de seguridad o la revisión de la cadena perpetua. Sin embargo, precisamente su tan importante presencia (más expresa o latente según los casos) debería ponernos sobre la pista de que entre todas estas instituciones no media tanta distancia como podría parecer.

Por otro lado, e incidiendo en la semejanza que subyace a todos estos institutos, hemos podido analizar cómo, esencialmente en el entorno jurídico anglosajón, existen algunas propuestas que pretenden prescindir de las diferencias (que parecen considerar de matiz) entre estas figuras jurídicas y se apuesta por castigar abiertamente el hecho de “ser peligroso”. Es evidente que en el entorno cultural continental este tipo de propuestas tienen difícil encaje. Pero estas tendencias ponen de relieve correctamente y de forma muy clara, gracias al pragmatismo que caracteriza su enfoque jurídico, que la repercusión que tiene la peligrosidad criminal en el sistema penal es fundamental.

Con posterioridad a todo ello, es decir, tras poner el acento en dónde la peligrosidad (de una u otra forma) incide en el sistema represivo penal, se ha procedido a realizar matizaciones de carácter conceptual. Se ha desterrado el concepto de peligrosidad social por excesivamente ambicioso (y, en consecuencia, autoritario) y se ha tratado de encontrar un sustrato común a los diferentes términos que aluden a la peligrosidad criminal: un sustrato común que no es más que la existencia de una probabilidad relevante de reiteración delictiva. Se ha dado cuenta, tras ello, de la reivindicación procedente del campo científico de la psicología de deslindar los conceptos de peligrosidad y riesgo. Y

³⁴⁴ VIVES ANTÓN, T. S., *La libertad como pretexto*, p. 24.

es que el citado gremio entiende que el primero es un concepto caduco y que el segundo no solo es menos estigmatizador, sino también más preciso.

Esta última consideración nos ha llevado a describir brevemente el estado de la cuestión en lo relativo a los métodos de pronóstico de la peligrosidad criminal (o riesgo de comisión de delitos). Partiendo de la ya clásica dicotomía método clínico/método actuarial se han descrito los principales sistemas de evaluación del riesgo con sus más importantes ventajas e inconvenientes, incluyendo, entre ellos, algunas de las más novedosas aportaciones en materia de neurociencia.

Tras el esbozo inicial realizado en este capítulo (esencialmente descriptivo) se pretende efectuar una serie de críticas a este planteamiento aséptico. Aunque el estado de la cuestión en el ámbito de la peligrosidad criminal y su detección es esencialmente el descrito en las páginas anteriores, las que siguen pretenden demostrar que este es, sin embargo, un debate desenfocado en el que se ha concedido demasiado peso a las cuestiones de carácter epistémico, desechando aquellos planteamientos normativos en los que determinados juicios de valor pueden suponer razonables límites al afán de saber. A eso se dedicarán, como decimos, las siguientes páginas.

CAPÍTULO II: Peligrosidad y Derecho penal. Perspectiva crítica

I. Introducción

En las páginas anteriores se ha intentado poner de manifiesto el estado actual del “debate científico” suscitado en torno al concepto de riesgo/peligro y las implicaciones jurídico-penales que el mismo conlleva. Ello se ha tratado de hacer, en la medida de lo posible, de la manera más neutral. En líneas generales, el presente capítulo pretende, en cambio, demostrar que los conceptos de “peligrosidad” y “riesgo” no deben ser confundidos, pues deben servir a fines distintos (y a distintos ámbitos de control social). Y, además, se quiere poner también de manifiesto que las más recientes caracterizaciones del concepto de “peligrosidad” ensanchan demasiado el ámbito de su significado.

Por otra parte, la discusión acerca de la predicción del comportamiento violento parece haberse anclado en la problemática epistemológica (cómo y cuánto *podemos* saber), abandonando el ámbito de la discusión ética (cómo y cuánto *debemos* saber). Parece obvio que la predicción, en tanto que mero pronóstico, como arte, debe tener en cuenta todos los factores posibles. Pero no es la “predicción artística” la que encontramos en nuestro ordenamiento, sino una predicción encaminada a la asignación de importantes consecuencias. Es por ello por lo que el aspecto epistemológico no agota la cuestión y quedan por responder al menos dos preguntas relevantes: a qué efectos puede ser trascendente la predicción y qué factores se pueden tomar en consideración de forma ética a la hora de efectuar tal predicción. Estas cuestiones serán también abordadas en este capítulo.

Como anticipo de la postura que sostendremos a modo de conclusión en las próximas páginas valga señalar lo siguiente: es necesario defender un concepto de peligrosidad que pueda adscribirse al sujeto como una propiedad de este. Los reparos que despierta esta aproximación son evidentes (y así lo ha puesto de relieve la doctrina reciente)³⁴⁵. Quizás, la primera y más obvia e intuitiva objeción sea la de considerar este postulado como propio de un Derecho penal de autor. Esta objeción es, sin embargo y como veremos, cuestionable.

³⁴⁵ Vid. infra, notas 437 y ss., y texto al que acompañan.

Parece, además de todo lo ya señalado, que definir la peligrosidad del sujeto como un atributo de este, como algo que le pertenece (y no como algo que “le viene dado por las circunstancias”), permite una más sencilla restricción del concepto, pues es relativamente fácil determinar qué pertenece y qué no al sujeto. Se evita así que causas criminógenas de procedencia social repercutan en un individuo concreto y no en la comunidad toda. En definitiva, una peligrosidad criminal así entendida reduce los factores a tener en cuenta a la hora de valorar la peligrosidad criminal del sujeto y sus consecuencias.

II. La carga normativa del concepto de peligro

Una primera cuestión que debemos abordar antes de profundizar en las limitaciones éticas (o normativas) a la predicción de comportamientos violentos es la de determinar verdaderamente qué significa que algo o alguien es peligroso, problema que a menudo es ubicado en el plano de “lo sobreentendido” sustrayendo su caracterización al debate riguroso.

No es extraño que la doctrina señale acertadamente la forma en que el concepto de “riesgo” disfrazado de una pretendida tecnificación del “gobierno del crimen” sustituye progresivamente categorías éticas y morales como “culpa” o “responsabilidad”³⁴⁶. Sustituir categorías morales por categorías “técnicas” no es neutral. Supone reorientar un sistema desde el objetivo de maximizar finalidades morales hacia el objetivo de maximizar finalidades pretendidamente técnicas, asépticas, amorales. Cambiar de una perspectiva a otra requiere una justificación acerca de por qué es preferible orientar el “gobierno del crimen” (o de la criminalidad) a la gestión del riesgo y ello no puede responderse con parámetros técnicos, sino que se precisan juicios éticos.

En esta misma línea, como señala BRANDARIZ GARCÍA, “no cabe entender el riesgo como una noción neutra ni su gestión como una tecnología meramente objetiva (...) El riesgo y su activación en clave de control social son construcciones colectivas, preñadas de elementos culturales, morales y políticos, en los que operan de manera relevante consideraciones de género, etnia y clase (...) en este punto es imprescindible tomar decisiones normativas, relativas a qué debe ser valorado como riesgo, qué riesgos deben ser priorizados, qué ha de ser considerado como un nivel de riesgo admisible, qué se entiende por seguridad, o quién produce riesgos y quién ha de ser protegido frente a ellos (...) en consecuencia, el diseño de control

³⁴⁶ CAUCHIE, J. F. y CHANTRAINE, G., “Use of Risk in the Government of Crime. New Prudentialism and New Penology”, *Champ Pénal*, vol. II, 2005, p. 8.

penal en clave de administración de riesgos responde a elecciones y racionalidades netamente políticas”³⁴⁷.

Un primer punto de partida pasa por admitir entonces que, como mínimo, “la peligrosidad está lejos de ser un fenómeno objetivo observable derivado de una patología clínica”³⁴⁸. La peligrosidad, a diferencia de la probabilidad (o el riesgo), no puede evitar pasar por el filtro de lo normativo para una acabada conceptualización³⁴⁹. Nos encontramos ante una

³⁴⁷ BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *InDret*, p. 8. Por ello, no resulta acertado mantener, como hacen FEELEY, M. y SIMON, J., “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law”, en FEELEY, M. (Ed.): *Crime, Law and Society. Selected Essays*, Routledge, Londres, 2013, p. 174, que “la justicia actuarial se vincula a cómo concebimos y hablamos de la política criminal, pero no es una ideología en el estrecho sentido de un acervo de creencias e ideas que limitan nuestra acción. Implica prácticas, pero no es reducible a una específica tecnología o conjunto de actuaciones. En realidad, es potente y relevante precisamente por su carencia de una ideología bien articulada y su identificación con una tecnología concreta”.

³⁴⁸ HEWITT, J. L., “Dangerousness and Mental Health Policy”, *Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing*, vol. 15, 2008, p. 192. En la misma línea, FIGGIS, H. y SIMPSON, R., *Dangerous Offender Legislation*, p. 3, señalan que “el concepto de peligrosidad es ambiguo y subjetivo —lo que sea peligroso depende de lo que uno esté preparado para tolerar. Los intentos de definir ‘peligrosidad’ se enfrentan a numerosas preguntas, que incluyen qué tipo de daño es ‘grave’ y cómo de probable debe ser la posibilidad de que una persona cause tal daño para ser clasificada como peligrosa”. En una línea similar ya señalaba FLOUD, J., “Dangerousness and Criminal Justice”, *The British Journal of Criminology*, vol. 22, n.º 3, 1982, p. 213, hace ya casi cuarenta años, que “la peligrosidad no es un concepto objetivo” y que el peligro no es más que un riesgo inaceptable. Igualmente, MILLER, M. y MORRIS, N., *Violence and Victims*, p. 268, señalan con claridad que “la determinación del uso apropiado de las predicciones no es, al final, una cuestión estadística o científica, sino un juicio político o social sobre qué riesgos son inaceptables y qué respuestas a tales riesgos deberían permitirse”. Por ello, resulta inadecuado comprender la evaluación de la peligrosidad como un “juicio naturalístico” como hace, por ejemplo, ROMEO CASABONA, C. M., “Presupuestos biológicos y culpabilidad penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, p. 44; o sostener, como señala QUINTERO OLIVARES, G., “Monismo y dualismo”, p. 656, que el concepto de peligrosidad es “abiertamente no normativo”. En un sentido similar al de estos últimos autores, vid. FIGUEIREDO DIAS, J., “Sobre el sistema ‘tendencialmente monista’”, p. 933.

³⁴⁹ En este punto se vuelve fundamental realizar una breve precisión de carácter conceptual y es que, en ocasiones, no está claro a qué concreto concepto hace referencia la doctrina cuando emplea el término “peligro” (y lo mismo podría decirse que sucede cuando se utiliza el término “riesgo”); de manera que el concepto para el que algunos autores emplean el término “peligro” es designado por otros como “riesgo” y viceversa. No tiene sentido aquí hacer una glosa sobre quién se refiere a qué concepto y cómo lo hace. Pero sí querríamos señalar algo en relación con las consideraciones de BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial*, pp. 48 y ss. El mencionado autor, que se ha ocupado del tema con una extraordinaria profundidad, señala, por ejemplo, que “en línea de principio, cabe partir de que el peligro es un concepto fenoménico o empírico, mientras que no es tan evidente que el riesgo tenga ese perfil” (p. 50). De hecho, termina por concluir que “ni el riesgo en tanto concepto, ni menos aún las prácticas punitivas a las que da lugar, pueden entenderse como meras realidades tecnocráticas, sino que son construcciones radicalmente políticas, sustentadas sobre elementos culturales y regulaciones morales” (p. 62). Posteriormente añade que “el riesgo es un modo conceptual de hacer operativos los peligros, para articular sobre ellos modos de comprensión y representación de la vida social, y prácticas de regulación y gobierno” (p. 51). Lo cierto es que en muy buena medida cuando empleamos aquí el término “peligro” lo hacemos para hacer aflorar el concepto al que BRANDARIZ denomina “riesgo” y, a la inversa, donde decimos “riesgo” BRANDARIZ diría “peligro”. Ninguna de las opciones es necesariamente mejor que la otra. Únicamente es preciso que

suerte de juicio mixto. Se trata de un juicio empírico en tanto requiere de la comprobación de una posibilidad para poder tomar decisiones. Pero constituye también un juicio normativo al menos en dos sentidos: alguien es peligroso *a determinados efectos* (juicio normativo cualitativo) cuando representa a ese respecto una probabilidad *suficiente* (juicio normativo cuantitativo)³⁵⁰. La resolución de ambas cuestiones no puede depender de criterios científicos, sino de decisiones jurídicas en las que se ponderen los diferentes valores en juego y su específico peso en nuestro sistema constitucional y democrático³⁵¹. La ciencia natural no puede decir cuándo alguien *debe ser* privado de libertad a causa de su peligrosidad ni cuál *debe ser* la intensidad de ese peligro para legitimar tal

se entienda con nitidez de qué habla cada autor. Sin duda, BRANDARIZ lo consigue. En todo caso, seguimos creyendo preferible emplear el término “riesgo” para referirnos a la probabilidad de que acontezca una determinada situación (medida esencialmente en términos probabilísticos) y reservar el término “peligro” para referirnos a estimaciones que no implican solo cálculos, sino también valores. Y lo hacemos porque tenemos la impresión firme, aunque quizás infundada, de que existe una mayor comunidad de significado entre “riesgo” y “probabilidad” que entre esta última y “peligro”. Sin embargo, debemos reconocer que en la concreta definición y el específico uso de los términos y conceptos que hace BRANDARIZ en su obra tiene un enorme sentido, pues en ella no se aborda, como se hace aquí, la cuestión del “sujeto peligroso”, sino la de un nuevo modelo de gobierno del crimen y la seguridad (el “modelo gerencial-actuarial de penalidad”). En una línea similar a la de este autor, CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo*, p. 53, ha sostenido recientemente que “el riesgo no es, en absoluto, una tecnología de gobierno avalorativa, es un concepto que fluye y se adapta a las dinámicas del discurso hegemónico”. PÉREZ CEPEDA, A. I., *La seguridad como fundamento*, p. 338, había señalado ya con anterioridad, en un sentido semejante, que “el poder de definición del riesgo se convierte en una posición sociopolítica clave. De ahí la decisiva dimensión político-jurídica del concepto, su relación con la idea de orden”.

³⁵⁰ En una línea parecida, SCHOPP, R. F., *Law and Psychology Review*, ha señalado, pp. 79 y ss., que para decir que una acción o una persona es suficientemente peligrosa para propiciar una intervención legal se requeriría: 1) una evaluación empírica de la probabilidad y severidad del riesgo de producir un daño; 2) un juicio de que el riesgo es cuantitativamente suficiente y 3) un juicio sobre el riesgo presente en el autor que constate que el mismo es cualitativamente suficiente. Por otra parte, y respecto de lo que he denominado “juicio normativo cualitativo”, KRAUSS, D. A., et al., “Limited Expertise and Experts”, señalan con claridad que la cuestión acerca de si la probabilidad de un riesgo de reiteración delictiva alcanza el nivel para ser considerado una amenaza no es una cuestión que deban decidir los jurados, sino una cuestión normativa a determinar por, en el ordenamiento jurídico al que se refieren, el jurado (p. 137). En nuestro sistema legal tal competencia recaería, siguiendo la argumentación ofrecida por estos autores, en el juez. Por su parte, el propio MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, gran defensor de la estadística en la predicción criminal ha reconocido que “la crítica de que la violencia no puede ser predicha de forma suficientemente eficaz para ser empleada en la toma de decisiones legales implica un juicio moral y político sobre lo que significa ‘suficiente’” (p. 9).

³⁵¹ Es posible que sea a esto a lo que se refieran POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO ORTS, M., “La función preventivo-general de la medida de seguridad”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, p. 1493, cuando consideran que “el sujeto peligroso no puede desvincularse de una Sociedad concreta, es decir: es peligroso *en y para* esa Sociedad, es ella (y no el propio sujeto peligroso) la que cataloga y define, con parámetros *preventivo-generales*, al sujeto como peligroso, además de que ese sujeto es peligroso precisamente porque vive en Sociedad, porque si viviera en un paraje aislado, no socializado, decaería toda necesidad de combatir penalmente ese peligro”.

intervención. En definitiva, no es solo (ni principalmente) el riesgo de delinquir lo que determina el trato que se dará a un sujeto, sino, especialmente, el grado de tolerancia a ese riesgo que se quiera asumir.

Cabría, incluso, hablar de un tercer y hasta un cuarto juicio normativo en lo que al concepto de peligro se refiere. El primero de ellos sería el de que el peligro es la probabilidad (juicio empírico) suficiente (juicio normativo cuantitativo) de lesionar un bien valorado positivamente. Esta última valoración se encuentra de manera irremediable construida normativamente. Nadie diría, por ejemplo, que la posibilidad de acabar con una enfermedad es “peligrosa”, por mucho que ello supusiera, desde un plano estrictamente empírico, la destrucción de una realidad observable como una inmunodeficiencia o un cáncer. El peligro siempre toma como referencia un bien valioso que se quiere proteger. Es posible que sea este último juicio normativo el que pasa más desapercibido en la discusión.

El último juicio normativo hace referencia a la desviación del estándar normal. Solo es peligroso lo que supone un riesgo mayor que aquella categoría general a la que pertenece. Incluso cuando la probabilidad de producir un daño es estadísticamente muy baja (hasta despreciable) podremos decir que la acción o el objeto que presenta dicha probabilidad es peligrosa.

Imaginemos, por ejemplo, que sólo 1 de cada 100.000 aviones sufre un accidente catastrófico (0,0001%). Es común afirmar que el transporte aéreo es uno de los medios más seguros que existen, parece que una estadística de este tipo debería dejarnos tranquilos. Supongamos ahora que una compañía de vuelo concreta cuenta con un vuelo catastrófico de cada cien (1%). Intuitivamente todos convendríamos en decir que esa compañía es particularmente peligrosa, pese a que la estadística diga que la probabilidad de sufrir un accidente importante es muy baja³⁵². Esta intuición podría obedecer, en nuestra opinión, a dos motivos: tendemos a considerar más peligroso aquello que supone un riesgo para bienes que, como la vida, valoramos especialmente (y esto refuerza la tesis del “tercer juicio normativo”) y, por otra parte, tendemos a considerar peligroso aquello

³⁵² El ejemplo se ha extraído de SCHOPP, R. F., *Competence, Condemnation, and Commitment*, pp. 215 y ss. El autor no lo utiliza para explicar lo que se está tratando ahora, sino para proponer una (discutible) reforma del concepto de peligro que prescinda de la idea de probabilidad futura y acuda a la de propiedad actual de exponer a otros a riesgos de sufrir daños.

que se aparta del “riesgo permitido” (o, quizás en este caso, previsible o normal) de una actividad³⁵³. Diremos que una persona es peligrosa cuando representa un riesgo especial de hacernos daño, aun cuando cualquier persona tenga aptitud para hacérselo³⁵⁴. Aunque cualquier perro de raza *pitbull* tenga potencial lesivo para dañar a una persona no es reiterativo decir, por ejemplo, “ese *pitbull* es peligroso”. Aunque cualquier coche pueda producir un accidente de tráfico, sería posible decir “aquel coche es peligroso”. El concepto de peligrosidad predicado de un objeto implica un exceso del peligro que toda una categoría supone. Aunque un coche tiene (en términos generales, ya sea como peatón o como conductor) mucha mayor posibilidad de acabar con nuestra vida que una bicicleta podríamos comparar un coche y una bicicleta diciendo que el primero es seguro y la segunda peligrosa a pesar de que el primero pueda suponer un riesgo mayor para nuestra vida.

Creemos que en este punto resultan de extraordinario interés las consideraciones de SCHAUER en relación con qué son y qué representan las generalizaciones. El citado autor mantiene que una característica fundamental de una generalización fundada es su dimensión comparativa³⁵⁵. Así, afirma que:

“pensaríamos que es confuso usar una generalización si la característica [sobre la que recae la comparación] no estuviera más presente en el grupo del que estamos hablando que en cualquier otro grupo. Supongamos que en alguna medición de la honestidad —¿devolvería usted a la policía un sobre de dinero encontrado en la calle si estuviera absolutamente seguro de que nadie sabrá nunca que se lo quedó para usted mismo?— el 60% de todos los seres humanos fueran honestos. Y suponga que, según la misma medición,

³⁵³ Le asiste toda la razón a MOLINA FERNÁNDEZ, F., *El concepto de peligro y su aplicación a la Teoría del Delito*, Trabajo de habilitación nacional para el acceso al Cuerpo de Catedráticos del Área de Conocimiento de Derecho Penal, inédito, 2007, p. 12, cuando afirma que “en el lenguaje ordinario el concepto de peligro (seguramente más que el de riesgo) está teñido psicológicamente. Normalmente no se utiliza para cualquier probabilidad de un mal, por ínfima que sea, ni requiere un determinado grado de probabilidad —por ejemplo, más del 50%—, sino más bien hace referencia a una probabilidad que, por diversas razones, provoca aprensión o temor (que es un sentimiento subjetivo vinculado a la probabilidad de un mal, pero que no se identifica con ella) de manera que se justificaría tratar de evitar el hecho. En este sentimiento influyen diversos factores como, desde luego, la mayor o menor probabilidad de un mal, pero también la entidad de este —para un mismo grado de probabilidad hablaríamos en ocasiones de peligro, si el mal amenazado es muy grave, y de ausencia de peligro si es leve—”.

³⁵⁴ Quizás por ello MILLER, M. y MORRIS, N., *Violence and Victims*, pp. 265 y ss., sostienen que uno de los criterios para emplear legítimamente pronósticos de peligrosidad sea que la expectativa de conducta violenta de un concreto delincuente resulte “sustancialmente más alta” que la que presente otro que se encuentre en circunstancias semejantes.

³⁵⁵ SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, p. 11.

de forma nada sorprendente, el 60% de los suecos fuera honesto. En estas circunstancias parecería erróneo decir ‘los suecos son honestos’, incluso aunque la mayoría de los suecos fueran honestos. Únicamente si los suecos fueran más honestos que otro grupo tendría sentido hacer esta afirmación”³⁵⁶.

La argumentación precedente es perfectamente extrapolable a nuestro objeto de estudio. Cuando atribuimos de forma expresa una cualidad (en nuestro caso, la peligrosidad) a un sujeto determinado y tal rasgo se encuentra también presente en todos los miembros del grupo al que pertenece, esto solo tiene sentido cuando el sujeto concreto presenta ese rasgo en *mayor medida* que el resto³⁵⁷. Aquí se aprecia, pues, la “dimensión comparativa” del concepto de peligro. Si señalamos a alguien como excepción, necesariamente estamos delimitando negativamente a la generalidad. Ese es el punto de conexión de ambas consideraciones.

Partiendo de lo dicho, parece que la discusión se aclara un poco. La ciencia aportará información necesaria, pero no suficiente para la adopción de decisiones jurídicas. Esta información habrá de ser evaluada desde un prisma normativo que no se limite a aceptar los “datos brutos” que la ciencia le proporcione³⁵⁸. Es por ello por lo que el capítulo

³⁵⁶ *Ibíd.*, p. 12.

³⁵⁷ No debería ser necesario en este punto explicar que todos los individuos somos portadores de peligros para los demás. La diferencia esencial será cuantitativa (seres más o menos peligrosos) y no cualitativa (“seres inocuos” frente a “seres peligrosos”). Entender lo contrario supondría partir de un concepto antropológico ciertamente discutible (ética y empíricamente) y demasiado simplificador. Nos adherimos sin fisuras, entonces, a lo sostenido por PEÑARANDA RAMOS, E., “Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.º 2, 2001, pp. 432-433 cuando defiende que el Derecho penal se hace pensando en que nosotros (todos) somos sus potenciales destinatarios. Para profundizar en esta idea, vid. *infra*, Capítulo IV, epígrafe VI.

³⁵⁸ Si no se hiciera así no habría más remedio que callar ante la objeción que planteaba hace años RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Cara y cruz de las sanciones penales”, *Cuadernos para el diálogo*, número extraordinario XXVIII, 1971, p. 52, cuando señalaba que “el Derecho eleva día a día el nivel de riesgo permitido con el fin de no obstaculizar el desarrollo tecnológico y el bienestar material. Cada mañana despertamos sumergidos en nuevos peligros que el propio ordenamiento jurídico nos obliga a soportar resignadamente. No hay motivo, pues, para dramatizar en particular el riesgo de la delincuencia”. En muchas ocasiones, como pone de manifiesto esta cita (y de manera, por cierto, no siempre totalmente racional), no es la entidad del riesgo lo que nos preocupa, sino su procedencia (vid., acerca de cómo sobredimensionamos los riesgos de origen humano, CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo*, pp. 47 y ss.). En alguna medida, ello podría explicarse por la (errónea) percepción de que mientras que, por ejemplo, incrementar la seguridad del tráfico vial implicaría importantes costes económicos y sociales para todos (también para los “sujetos cumplidores”), incrementar la seguridad frente al delito es posible haciendo soportar los costes únicamente a los “sujetos incumplidores”. Mientras que los primeros costes tienen un carácter muy concreto y perceptible para la libertad de nuestras sociedades (por ejemplo: nadie podrá conducir a una velocidad mayor que X kilómetros por hora), los costes para la libertad que la lucha contra el

anterior ofrecía sólo una información sesgada que no puede legitimar ningún tipo de intervención.

A modo de hipótesis, quisiéramos aventurar cuál puede ser la causa de un debate, por momentos, tan desenfocado. Lo cierto es que, como sucede siempre que dos ramas de conocimiento confluyen, ambas persiguen simultáneamente objetivos compartidos y objetivos contrapuestos (o, al menos, divergentes). Tanto el Derecho penal como las ciencias del comportamiento en el ámbito de la predicción de la peligrosidad persiguen de forma conjunta un mismo objetivo: la gestión de situaciones de peligro para bienes jurídicos socialmente relevantes. Pero, a la vez, se encuentran orientadas también a metas muy diferentes: las ciencias del comportamiento buscan el mayor grado de certeza posible acerca de sus predicciones, mientras que el Derecho penal busca el adecuado encaje de la prevención de delitos en un marco jurídico más amplio no inspirado por ese único fin.

delito supone tienen un carácter más difuso, pues su manifestación más directa repercutirá únicamente en unos pocos sujetos. Este planteamiento, en todo caso, y como resulta evidente, olvidaría que las restricciones de la libertad para la evitación de delitos no tienen su única cristalización en el castigo de determinadas conductas, sino que la mera existencia de la prohibición y las actividades de prevención y represión del ilícito terminan por incidir más pronto que tarde en la libertad de todos, también en la de los más cumplidores sujetos. Como señala con precisión GROSCURTH, T. P., *Sicherheit durch Sicherung*, Peter Lang, Frankfurt, 2017, p. 137, la seguridad presupone control y el control exige intervenciones en los derechos individuales. Por ello, conviene recordar con BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18, 2012, pp. 2 y ss., que “[e]s imposible erradicar todas las conductas antijurídicas sin afectar a otros comportamientos lícitos, pues el poder público carece de un bisturí de disección tan preciso que sea capaz de extirpar las unas sin afectar a las otras”. Sin embargo, tiene razón RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 135, en que “[c]uando un ser humano recibe un trato desigualitario, no solo lo considera como digno de reprobación y rechazo, sino que experimenta un deseo de castigar al sujeto que se lo dio, aunque eso le suponga una pérdida personal”. Es este un argumento que probablemente resulta por sí mismo lo suficientemente razonable como para ser compartido, pero que, en todo caso, es previamente contrastado empíricamente (pp. 96 y ss.), de manera que quizás el delito (o su posibilidad futura percibida) sí que pueda presentar una característica (asociada a su percepción social) distintiva que nos lleve a aceptar la imposición de mayores cargas (restricciones de derechos) en estos supuestos. Por otra parte, y en lo que a los sesgos de carácter psicológico que con los que todos los seres humanos contamos, conviene partir, siguiendo aquí a KAHNEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, DeBolsillo, Barcelona, 2012, pp. 192 y ss., de que existe “una limitación básica de la capacidad de nuestra mente para considerar pequeños riesgos: o los ignoramos por completo o les damos demasiada importancia, no hay término medio”. Es posible que haya algo en los riesgos difusos no encarnados en específicos sujetos que haga más fácil ignorarlos, mientras que la personificación en un individuo del riesgo nos conduzca a extremar el juicio de peligro. En consecuencia, en la línea de lo que apuntaba RODRÍGUEZ MOURULLO al comienzo de esta nota, podría ser que no hubiera un *motivo* para sobrevalorar los riesgos de origen humano, y, sin embargo, este podría ser un sesgo del que difícilmente nos pudiéramos desprender.

Puede parecer, entonces, que en este ámbito se ha experimentado una importante confusión de roles; confusión de roles que se puede apreciar cuando se manifiesta, por ejemplo, lo siguiente:

“el Sistema Penal Penitenciario requiere de una Evaluación del Riesgo de Reincidencia permanente, sobre todo en delincuentes que han cometido crímenes violentos o agresores sexuales graves, por el riesgo que suponen para la sociedad. Las investigaciones han conseguido avanzar mucho en el conocimiento y desarrollo de dicha materia, pero de qué sirve disponer de instrumentos fiables y consistentes, de profesionales especializados, etc., si en la práctica nos encontramos constantemente con trabas y deficiencias a la hora de poder realizar una buena estimación del riesgo y más todavía cuando se trata de llevar a cabo programas personalizados de intervención”³⁵⁹.

Es cierto que, en ocasiones, la aplicación de pronósticos y tratamientos se topa con importantes obstáculos. Pero no solo es verdad eso, también lo es que en muchas ocasiones así *debe* ser. Es necesario valorar la intimidad del recluso, la legitimidad del tratamiento, la voluntariedad del paciente, etc. Y del mismo modo que el Derecho no puede aportar argumentos relevantes para decidir, por ejemplo, sobre la efectividad de un tratamiento, la psicología (en tanto que disciplina) debe abstenerse de censurar las restricciones éticas y jurídicas que legítimamente se le puedan aplicar³⁶⁰.

En definitiva, y como ha señalado PEÑARANDA RAMOS, “[l]as relaciones de la Ciencia del Derecho con otras disciplinas metajurídicas y extrajurídicas ha de ponderarse con prudencia, dado que el objeto, método y necesidades a las que respectivamente se orientan, no coinciden. La unidad del saber científico y el necesario carácter global y

³⁵⁹ SÁEZ DÍAZ, Y., et al., “De la peligrosidad a la valoración de la reincidencia: métodos e instrumentos de evaluación”, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 144.

³⁶⁰ En este sentido, seguramente convenga recordar las palabras sobre una cuestión parcialmente distinta (pero de sencilla extrapolación al punto que ahora nos ocupa) de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 148 y ss., quien, en nuestra opinión de forma sumamente acertada, alerta de que “la dogmática penal debe adoptar una postura prudente ante las aportaciones de las ciencias extrajurídicas: tener en cuenta, ciertamente, tales investigaciones de modo permanente; pero, a la vez, impedir que aquéllas y sus argumentaciones propias puedan llegar a asumir el papel de fundamentar la atribución de responsabilidad. Ésta, por mucho que se presente como producto de una investigación empírica, para eludir fundamentaciones a veces de gran dificultad y apoyar ampliaciones del ámbito de intervención punitiva, es siempre una decisión valorativa. En consecuencia, la argumentación que la sustente ha de ser también de naturaleza valorativa, por más complicado que ello vaya resultado a medida que la sociedad contemporánea pierde sus elementos tradicionales de integración en este plano”.

totalizador del mismo exige precisamente, la coordinación oportuna y el respeto para la autonomía de los sectores diferentes del mismo”³⁶¹.

Estas serían, pues, las premisas básicas sobre las que se sustentará en las siguientes páginas la crítica al entendimiento más extendido sobre la peligrosidad y su pronóstico. Antes será necesario, sin embargo, exponer qué significa “estructuralmente” considerar a alguien peligroso en este contexto.

III. La imputación del coste del desconocimiento

De todo lo señalado cabe extraer alguna conclusión parcial. En primer lugar, ni el peligro ni el riesgo son criterios estrictamente empíricos, aunque sí lo sea la base ontológica sobre la que se deberán proyectar los juicios normativos. En segundo lugar, los pronósticos o previsiones de peligrosidad y riesgo son técnicamente limitados. Los métodos actuales (y seguramente también los que vayan surgiendo) no permiten determinar con precisión cómo acontecerán sucesos futuros. En tercer lugar, no solo no se puede predecir con precisión, sino que la precisión no puede ser la única meta que guíe la elaboración de pronósticos (o, si entendemos que es su único objetivo, no podemos limitarnos a conceder efectos automáticos a dichos resultados en otros ámbitos sin mayores consideraciones). Es necesario saber para qué predecimos. Y de la respuesta a esa cuestión dependerá cómo (y con qué límites) podamos hacerlo. El debate sobre la valoración de peligrosidad futura no puede sustraerse a consideraciones de carácter deontológico.

Estas tres conclusiones formales conllevan una consideración adicional sobre la que pivotarán las próximas páginas: la imposición de consecuencias jurídicas en atención a pronósticos de comportamiento futuro supone fundamentalmente la imputación del coste del desconocimiento. En este campo nos movemos en el ámbito de la incertidumbre y debemos decidir cómo actuar en el mismo. Tampoco para esta cuestión tiene respuesta la ciencia del comportamiento. Debemos decidir a quién se hará cargar con el riesgo (individuo, tercero o sociedad) y por qué se hará de tal modo.

En definitiva, solo tiene sentido preguntarse si una acción es peligrosa *ex ante*. Este juicio de pronóstico es un “juicio precavido”, que no es más que la elaboración de “juicios

³⁶¹ PEÑARANDA RAMOS, E., *Proyecto docente para acceso a plaza de Profesor Titular de Derecho Penal*, inédito, 1990, pp. 131 y ss.

realizados a la luz de los conocimientos parciales de la realidad disponibles en el momento de adoptar una decisión”³⁶². O, dicho de otra manera, “para una hipótesis cualquiera, no hay una sola aserción de probabilidad objetiva, sino tantas como evidencias se tomen en consideración”³⁶³. Una vez que transcurre el momento para el que se hizo la predicción ya no hay pronóstico, hay certeza. Si se lesionó el bien jurídico es que la acción (o, en nuestro caso, el sujeto) tenía un 100% de posibilidades de producir el resultado disvalioso. Si no se produjo, es porque las posibilidades eran del 0%. Lo que nos permitía hacer pronósticos era la inducción que extraíamos de unos determinados y concretos elementos. La limitación del conocimiento humano nos impide conocer todos los factores que nos llevarían a saber con certeza qué pasará. Pero una vez que el resultado se produce es más fácil reconstruir el suceso y entender por qué el resultado no podía sino producirse (o no hacerlo). Un ser (mágico o religioso) dotado del poder de conocer “la posición y la energía de todas las partículas que componen el universo en un momento cualquiera dado y las leyes naturales de transformación (...) no conocería más que de la necesidad y nunca se expresaría en términos de probabilidad”³⁶⁴.

Si esto es así, establecer que alguien es peligroso (es decir, que cometerá delitos) y anudar a esa afirmación una consecuencia jurídica implica imponer sanciones (en sentido amplio) desde el desconocimiento (siquiera parcial). La peligrosidad no acarrea consecuencias en nuestro ordenamiento porque sepamos que alguien va a delinquir, sino porque creemos que ello es posible y que es mejor hacer pesar sobre el sujeto portador del peligro el coste de nuestro potencial error que arrostrarlo nosotros mismos.

Esto es diferente a la imposición de una pena. Aunque siempre haya un margen de error en la imposición de la condena lo cierto es que el ordenamiento opera desde el presupuesto de que el declarado culpable cometió el delito (un “hecho cierto”). En el caso de la peligrosidad ello no sucede. Solo se exige la certeza de que el sujeto pueda cometer el delito. En el primer caso imputamos el coste del delito (aun cuando podamos equivocarnos). En el segundo caso, el coste del desconocimiento, que casi con seguridad no se deberá al propio “sujeto peligroso”, sino al limitado estado de desarrollo de la ciencia. Una ciencia del comportamiento más desarrollada podría considerar no peligroso

³⁶² MOLINA FERNÁNDEZ, F., *El concepto de peligro*, p. 18.

³⁶³ *Ibíd.*, p. 105.

³⁶⁴ *Ibíd.*, p. 45.

a un sujeto que ahora consideramos temible (o viceversa). Sin embargo, restringir derechos del sujeto podría estar justificado en ambos casos, pues restringimos los derechos en atención al conocimiento disponible³⁶⁵. Reconocer este extremo resulta imprescindible.

IV. Fiabilidad empírica vs. límites normativos

Para aclarar este último punto y antes de adentrarnos en el análisis de cada uno de los problemas, creemos que son muy oportunas las consideraciones que al hilo de la “filosofía jurídica de la prueba” se han desarrollado. El pronóstico de peligrosidad no es más que, con algunos matices que iremos deslizando, la “prueba de un hecho futuro” y en tanto que así sea las consideraciones filosóficas realizadas en torno a la “prueba de hechos pasados” pueden aportar algo de luz. Es decir, “probar” la peligrosidad supone establecer una serie de elementos de los que se infiera un resultado, que es exactamente lo que se hace cuando se quiere probar un suceso pasado³⁶⁶.

Es un lugar común en la filosofía de la prueba el reconocer algo que en el ámbito de los pronósticos de peligrosidad pasa muchas veces desapercibido: no solo el descubrimiento de la verdad importa, son relevantes también otros objetivos y valores³⁶⁷. Así, BAYÓN

³⁶⁵ De nuevo, lo expresa con claridad, desde una perspectiva más amplia, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 775, cuando sostiene que “a partir de un conocimiento incompleto de la realidad es posible formular juicios *objetivos* de probabilidad sobre el acaecimiento de hechos desconocidos, y que estos juicios son objetivos sólo en el sentido de que expresan una relación objetiva (sometible al cálculo de probabilidades) entre un cierto nivel de conocimientos y la predicción de hechos inciertos, pero no es objetiva en el sentido de que en una situación dada exista un único juicio posible de peligro, válido para todos. Por el contrario, en una misma situación pueden emitirse tantos juicios de peligro objetivo acerca de un acontecimiento incierto como diferentes niveles de conocimiento de la realidad sean imaginables”.

³⁶⁶ Así, BAYÓN MOHÍNO, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. 2, n.º 4, 2010, p. 17, “nadie discute seriamente que el razonamiento probatorio es de naturaleza inductiva, que eso implica que a través de él no puede alcanzarse la certeza absoluta acerca de la verdad de una hipótesis y que, por consiguiente, el resultado que se alcanza tras el proceso de valoración de la prueba sólo puede expresarse en términos de probabilidad”. En una línea similar, STEIN, A., *Foundations of Evidence Law*, p. 35.

³⁶⁷ Particularmente claro en este punto es STEIN, A., *Foundations of Evidence Law*, p. 25. También, HASSEMER, W., “Grenzen des Wissens im Strafprozess. Neuvermessung durch die empirische Wissenschaften vom Menschen?”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 121, 2009, p. 836, destaca que al proceso penal no le interesa la verdad a cualquier precio y que existe una relación de tensión entre la búsqueda de verdad y algunos derechos de carácter subjetivo que hemos querido otorgarnos. Dicho de otra forma, la búsqueda de la verdad no es inocua y supone muchas veces la producción de intervenciones lesivas para el sujeto investigado (o incluso un tercero). De manera más imprecisa, aunque en lo esencial correcta, ha dicho VOLK, K., *Die Wahrheit vor Gericht. Wie sie gefunden und geschunden, erkämpft und erkaufte wird*, C. Bertemann, Múnich, 2016, pp. 26 y ss., que

MOHÍNO ha destacado que “aunque el proceso se oriente a la búsqueda de la verdad, al derecho no le interesa sólo la averiguación de la verdad, sino también la consecución de otros fines que pueden justificar la introducción de normas sobre la actividad probatoria, sobre los medios de prueba admisibles o sobre el resultado probatorio mínimo que cabría calificar como ‘contra-epistémicas’”³⁶⁸. De este modo, en el proceso judicial, y siguiendo al mismo autor, habría al menos cuatro clases de fines diferentes: la reducción del error, la minimización del coste de intentar reducirlo, los fines independientes a la averiguación de la verdad y la asignación o distribución del riesgo de error (estrechamente ligado a la idea del estándar de prueba)³⁶⁹.

de la triada de finalidades que inspiran el proceso penal (verdad, justicia y pacificación social) no se puede esperar, por deseable que fuera, una ausencia de conflictos, pues, con más o menos frecuencia estas diferentes funciones tomarán distintas direcciones. Todo esto prescindiendo, además, de que no está muy claro a qué nos referimos cuando hablamos de “verdad”, pues, más allá de estos condicionamientos normativos, es preciso reconocer que en el marco del proceso se pretenden fijar unos hechos concretos (y no la historia completa de cualesquiera intervinientes), con unos medios de prueba determinados y en un tiempo acotado (como recuerda VOLK, K., *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Konstanz Universitätsverlag, Constanza, 1980, pp. 9 y ss.).

³⁶⁸ BAYÓN MOHÍNO, J. C., *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, p. 9. En una línea parecida (aunque desde una perspectiva más general, no relacionada únicamente con la filosofía de la prueba), SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, p. 23, ha señalado cómo “evitar los errores frecuentemente no es el único objetivo. Un procedimiento de toma de decisiones que comete más errores a largo plazo quizás sirva a otros importantes objetivos y represente otros valores importantes”.

³⁶⁹ BAYÓN MOHÍNO, J. C., *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, p. 12. Frente a la idea de que el estándar probatorio (y, con él, el principio *in dubio pro reo*) constituye la cristalización normativa de una previa decisión acerca de cómo distribuir el inevitable error en el que al menos de forma agregada se incurrirá parece manifestarse NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013. Este autor sostiene que, aunque el principio de presunción de inocencia debe ser un pilar del proceso penal moderno, “llegará el momento de la deliberación y el juicio, y en ese punto el juez deberá decidirse definitivamente, o al menos acabar de perfeccionar la conclusión que ha ido elaborando a lo largo del proceso. Y en ese instante tampoco se puede ser maniqueísta. No se puede dar preferencia apriorística a una opción sobre otra, porque su cometido en el momento de la sentencia no consiste en filosofar, sino en aplicar el método científico” (p. 165). Con suma claridad reitera esta idea cuando manifiesta que “llegados al momento de la sentencia, convertir a la presunción de inocencia en una regla de juicio —*in dubio pro reo*— puede llegar a ser antiepistémico, ya que una vez celebradas todas las pruebas, el mantenimiento a ultranza de la presunción puede chocar con la resultancia empírica de las pruebas practicadas” (p. 167). En definitiva, NIEVA FENOLL parece mantener que en el momento de sentenciar es necesario acudir a la posibilidad más probable, ignorando así las distintas repercusiones que pueden tener los diferentes errores. Creemos, pese a ello, que los argumentos expuestos anteriormente frente a esta idea resultan mucho más convincentes. Por supuesto, en definitiva, que la presunción de inocencia es antiepistémica, pero no hay nada de malo en ello, sino que constituye una decisión fundada en valores. En este sentido, creemos con PÉREZ MANZANO, M., “Absolución en caso de duda: fundamento y sentido” en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ORTS BERENGUER, E. (Dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, vol. 2, que el principio *in dubio pro reo* es parte del derecho a la presunción de inocencia (p. 1505), tiene su fundamento en una decisión a favor de la preeminencia de la libertad de los inocentes sobre la seguridad de la ciudadanía (pp. 1509 y ss.) y se

De forma más reciente BAYÓN MOHÍNO ha reiterado esta idea con claridad al defender que “[l]as reglas sobre la carga de la prueba son instrumentos muy versátiles. Pueden servir, en primer lugar, para inducir o inhibir ciertos comportamientos extraprocesales. Ya dentro del proceso, para minimizar dos tipos de costes: los que entrañe para las partes su actividad probatoria y los de los errores probatorios —de uno u otro signo— en los que se pueda incurrir. Y, además, para procurar que todos esos costes queden distribuidos entre las partes de cierta manera. Así que el modo en el que deba asignarse la carga de la prueba dependerá, *en cada sector del ordenamiento*, de cuáles sean sus opciones valorativas fundamentales en relación con esos puntos”³⁷⁰.

El problema aquí es que no todos estos fines apuntan en la misma dirección, sino que frecuentemente unos se oponen a otros³⁷¹. La búsqueda de la verdad debe ponderarse con otros valores vinculados a ideas como “limpieza del proceso”, “legitimidad”, “integridad”, “derechos”, etc. y toda esta confrontación está patente en las distintas reglas de prueba existentes³⁷². Ello probablemente explique por qué, en palabras de HAACK, “la epistemología, como la filosofía en general, es esencialmente universal” mientras que “las normas de prueba, como la ley en general, cambian de lugar a lugar y de momento en momento”³⁷³. La ciencia (en nuestro caso la predicción de peligrosidad) parece que aspira a ser libre de valores, mientras que el Derecho no puede ser concebido sin ellos³⁷⁴.

Como corolario, parece que le asiste la razón a HASSEMER cuando al abordar esta clase de cuestiones señala que “no estamos autorizados a hacer todo lo que *de facto* podríamos hacer”. Algo que no es únicamente un principio fundamental del Derecho procesal (o,

ve reforzado por su vinculación con otros principios como el de la responsabilidad por el hecho propio o el de legalidad (p. 1512).

³⁷⁰ BAYÓN MOHÍNO, J. C., “Presunción de inocencia y carga de la prueba”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. Y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, p. 65.

³⁷¹ Así, LAUDAN, L., *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 3. En una línea similar, STEIN, A., *Foundations of Evidence Law*, p. 3, mantiene que en las “reglas de prueba” conviven fines antitéticos.

³⁷² De hecho, como señala HO, H. L., *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 48 y ss., no se trata únicamente de buscar la verdad para producir justicia, sino también de hacer justicia persiguiendo la verdad.

³⁷³ HAACK, S., *Evidence matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 28.

³⁷⁴ En esta línea también, *Ibíd.*, p. 34.

más específicamente, del Derecho probatorio), sino que es también, de forma más general, un principio jurídico más amplio³⁷⁵.

En definitiva, hay un ámbito donde las predicciones son tolerables y un ámbito donde son inadmisibles. Pero ello no quiere decir que allí donde sean aceptables el valor predictivo sea el único factor a tener en cuenta. De que en un ámbito sea admisible predecir no se deriva que el grado de acierto sea lo único valioso en la toma de una concreta decisión. Por ejemplo, se podría decir que es inadmisibles castigar la peligrosidad (como discutíamos antes) y que es admisible, en cambio, valorarla para conceder progresiones de grado³⁷⁶. Pero de ello no se desprende que la raza (aun en el caso de que no fuera un valor espurio) pueda ser legítimamente tomada en consideración como elemento para fundar una concreta decisión al respecto. La predicción en Derecho penal debe responder esencialmente a dos preguntas: ¿predicción cuándo? y ¿predicción cómo? La primera es una cuestión estrictamente normativa y la segunda tiene una naturaleza mixta empírico-normativa.

Si esto es así y se comparten las afirmaciones que se han sustentado hasta ahora, parece imprescindible centrar el debate de la predicción de la peligrosidad no solo en el plano epistemológico (cómo mejorar el nivel de acierto), sino también (y sobre todo) en consideraciones de carácter moral (cuánto nos importa el acierto y cuánto otras

³⁷⁵ HASSEMER, W., *Zeitschrift fur die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, p. 836.

³⁷⁶ TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, pp. 25 y ss., pone de manifiesto otro supuesto en el que el pronóstico de futura peligrosidad no puede legitimar la intervención penal: las medidas predelictuales. En sus propias palabras: “la imposición de tales medidas es absolutamente inadmisibles. En principio porque olvidan la necesaria seguridad. Pero también por algo más. No se trata de un mero problema de índices de fiabilidad más o menos demostrada. Es que nada puede legitimar la intervención estatal en tanto que un sujeto no se haya puesto frente a las reglas que delimitan el ‘*minimum*’ socialmente exigible. Y esas reglas son las que se concretan en los tipos penales”. Ello, sin embargo, debería ponernos alerta, pues, como señala BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “El peligroso retorno al Derecho penal de la peligrosidad en la legislación penal española del s. XXI”, en MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, p. 947, la delimitación entre las medidas pre- y posdelictuales no es tan clara: “lo cierto es que la peligrosidad futura se inserta peligrosamente en una presunción de un nuevo hecho delictivo del sujeto que ya ha cumplido completamente la pena privativa de libertad. Es decir, entra de lleno en el ámbito propio de la peligrosidad predelictual”.

consideraciones). De manera que, llegado el caso, habrá que tomar la decisión de asumir el coste antiepistémico que una decisión éticamente fundada comporte³⁷⁷.

En este sentido, y de forma extraordinariamente clara, CASTRO LIÑARES, al hilo de la discusión sobre la validez de las herramientas de valoración del riesgo, ha insistido en que “el visto bueno a los instrumentos de valoración y gestión del riesgo no puede darse porque su funcionamiento se produzca gracias a intrincadas operaciones multidisciplinares. De hecho, dejarse llevar por este camino puede inducir a errores, ya que la atención que atrae su funcionamiento desplaza el interés a un lugar equivocado. La complejidad técnica de una herramienta resulta algo instrumental. Las cuestiones fundamentales en materia de valoración y gestión de los riesgos no residen en los procesos que hacen funcionar estos instrumentos, sino en los fines que deben cumplir. La forma no puede condicionar nunca la finalidad, puesto que de otro modo se mueve la controversia a un terreno metodológico en el que la correcta/incorrecta consideración de un instrumento se infiere de la capacidad que tenga para realizar sus tareas. Esta perspectiva desubica el análisis, ya que asume como correctos los resultados que producen los instrumentos de valoración y gestión de riesgos y centra su atención en sus procesos intermedios (...) en aras de la consecución de un modelo de penalidad mejor, este enfoque debe ser tachado de reduccionista, ya que no solo coarta el *universo de los posibles* en materia de valoración y gestión del riesgo, sino que además veta el debate (en la medida en que no las discute y las asume como válidas) sobre las consecuencias materiales que estos instrumentos producen sobre el sistema penal”³⁷⁸.

Como resulta obvio, los pronósticos fallan. Se puede predecir mejor o peor, pero no cabe la predicción perfecta. Esto en sí mismo no es grave; acudimos con frecuencia a instituciones, pruebas o recursos técnicos que sabemos que no proporcionan una certeza absoluta. Lo que es peligroso no es la falta de precisión, sino ignorarla. En la doctrina penal española ha sido especialmente beligerante en este punto MARTÍNEZ GARAY, quien ha expuesto claramente cómo las tasas de acierto de los pronósticos no son tan elevadas como se pretende dar a entender y en qué manera se hacen “trampas terminológicas” para

³⁷⁷ Así, conviene tener presentes las palabras de KAHNEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, p. 224, cuando señala que “[l]a norma social contra los estereotipos, incluida la oposición a las tipificaciones, ha sido sumamente beneficiosa para la creación de una sociedad más civilizada e igualitaria. Pero es útil recordar que el rechazo de los estereotipos válidos inevitablemente produce juicios subóptimos. La resistencia al estereotipo es una posición moral loable, pero la idea simplista de que esta resistencia no tiene coste alguno es errónea. Vale la pena pagar sus costes si el fin es lograr una sociedad mejor, pero negar que esos costes existan en beneficio de la satisfacción moral y de lo políticamente correcto no es científicamente defendible”.

³⁷⁸ CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo*, p. 103.

robustecer la sólida apariencia de los pronósticos³⁷⁹. De hecho, resultan llamativos diversos supuestos (como el ya célebre caso *Baxstrom*, el caso *Dixon*, etc.), donde “por fortuna” (o, mejor, por subsanación de errores judiciales previos) se liberó en Estados Unidos a cientos de personas privadas de libertad y que habían sido catalogadas como peligrosas y se constató el escaso número de delitos cometidos por los individuos excarcelados. Ello lleva a la citada autora a mantener que “a partir de los datos aportados hasta ahora puede corroborarse la sospecha, tradicional en la doctrina penal, de que los pronósticos de peligrosidad esconden tasas importantes de falsos positivos. Si bien la predicción de peligrosidad suele ser bastante acertada en la detección de los no peligrosos, la magnitud de las tasas de falsos positivos evidencia que la peligrosidad es por lo común fuertemente sobreestimada”³⁸⁰. Y es que, en definitiva, basta con sumergirse un poco en la literatura científica en la materia para percibir rápidamente que los informes periciales que pronostican la peligrosidad de un sujeto tienen más credibilidad para los tribunales que para el propio gremio al que pertenecen los peritos.

Contra la pretendida efectividad de los pronósticos de peligrosidad se han manifestado también en multitud de ocasiones la Asociación Americana de Psicología (*American Psychological Association*, APA) y la Asociación

³⁷⁹ A la aclaración de aspectos terminológicos y conceptuales de la predicción estadística ha dedicado un excelente trabajo MARTÍNEZ GARAY, L., *Revista Española de Investigación Criminológica*. En él la autora insiste en la necesidad de distinguir entre “sensibilidad” (“el porcentaje de casos correctamente detectados por el instrumento en relación con los casos que reinciden”) y el “valor predictivo positivo” (“el porcentaje de casos reincidentes de entre los detectados como tales por la prueba”) (p. 9). Señala también la importancia de complementar los valores de sensibilidad con los de “especificidad”, que nos permite saber el nivel de acierto del extremo contrario (“el porcentaje de sujetos clasificados de bajo riesgo de entre el total que no reincidieron”) (p. 11). En definitiva, en el debate sobre predicción de delincuencia es muy importante no perder de vista de qué estamos hablando. No es lo mismo decir que un instrumento es muy bueno porque no se le escape ningún “futuro delincuente” (esto sería la sensibilidad) que porque acierte con casi todos a los que clasifica como peligrosos (porque no clasifique como peligrosos a sujetos que no acabarán delinuyendo). Y no es lo mismo que la especificidad (*grosso modo*, el acierto acerca de quién delinquirá, pero también de quien no lo hará) sea mayor o menor, especialmente en el Derecho penal, donde las consecuencias anudadas a una calificación u otra pueden ser especialmente relevantes.

³⁸⁰ MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, p. 26. Precisamente estos niveles de error deberían llevar, según la autora citada, “no sólo a cuestionar la viabilidad de las medidas de seguridad adicionales a la pena para los delincuentes imputables peligrosos, sino a replantearse varios aspectos del régimen jurídico de las medidas imponibles en lugar de la pena” (p. 6). En todo caso, no deja de ser cierta la observación que en relación con la frecuencia de la sobreestimación de la peligrosidad realiza MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, p. 51, cuando señala que “si la presión burocrática influye en la predicción, entonces es que esa presión forma parte de la realidad social que debería ser empíricamente estudiada”. Esto parece dar a entender que sería posible establecer una suerte de “coeficiente corrector” que permitiera reducir de forma estadísticamente razonable las valoraciones de peligrosidad criminal. En definitiva, si existen factores que (formal o informalmente) empujan en una determinada dirección estos podrían ser, sugiere el autor, debidamente tomados en consideración para perfeccionar la herramienta predictiva.

Americana de Psiquiatría (*American Psychiatric Association*, también APA)³⁸¹. El instrumento de tales comunicaciones han sido los informes que se le han permitido presentar en determinados y problemáticos supuestos planteados ante los tribunales estadounidenses. Estos escritos reciben el nombre de *briefs of amicus curiae* y tienen por finalidad orientar a los jueces en materias de conocimiento especializado. La primera de las organizaciones indicadas sostuvo, por ejemplo, en el año 2005 que las tasas de prevalencia (*base rates*) de determinadas manifestaciones de violencia son tan bajas que no permiten emitir una opinión científicamente fiable sobre la probabilidad de delinquir que ofrece un individuo concreto³⁸². Esto se encuentra sobradamente estudiado: cuanto menor sea la frecuencia de un fenómeno social o individual más difícil será predecir su reiteración³⁸³. La segunda asociación (la de psiquiatría) elaboró en 1982 un documento similar que ha pasado, probablemente por su contundencia, a la historia de la literatura especializada. Es el *brief of amicus curiae* del caso “Barefoot v. Estelle”. En el mismo se mantuvo que “no se debería permitir a los psiquiatras ofrecer una predicción relativa al pronóstico a largo plazo de peligrosidad de un acusado en un caso de pena de muerte, al menos en aquellas circunstancias en que el psiquiatra pretenda testificar como un experto que posea experiencia predictiva en esta materia. Aunque la evaluación psiquiátrica podría permitir predicciones a corto plazo del pronóstico de violencia o comportamientos agresivos, el conocimiento sencillamente no ha avanzado hasta el punto en que las predicciones a largo plazo (...) puedan realizarse con una precisión razonable. El gran número de investigaciones en la materia indica que, incluso en las mejores condiciones, las predicciones psiquiátricas de peligrosidad a largo plazo son erróneas al menos en dos de cada tres casos”³⁸⁴.

El problema, pues, no es que existan errores (lo que es irremediable), sino que estos no se distribuyan de forma éticamente adecuada. Es decir, no podemos elegir equivocarnos más o menos, pero podemos decidir en qué sentido será más fácil que nos equivoquemos y cuáles serán las consecuencias del error³⁸⁵. Es esta la cuestión moral ya apuntada de

³⁸¹ Es importante señalar aquí que el hecho de que las siglas de ambas organizaciones coincidan es causante de multitud de equivocaciones. Y es que no suele hacerse mucho por diferenciar dos organizaciones que, sin embargo, no deben confundirse.

³⁸² *Brief of Amicus Curiae American Psychological Association* (Caso Sherman Lamon Fields), 2005, pp. 9 y 10.

³⁸³ MARTÍNEZ GARAY, L., *Revista Española de Investigación Criminológica*, p. 23.

³⁸⁴ *Brief of Amicus Curiae for the American Psychiatric Association* (Caso Barefoot v. Estelle), p. 3. A la luz de las modernas investigaciones no parece que esas afirmaciones puedan ser, en lo sustancial, desmentidas. Vid., a este respecto, MARTÍNEZ GARAY, L., *Revista Española de Investigación Criminológica*, pp. 20 y ss.

³⁸⁵ En este sentido, MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, pp. 31 y ss., señala que una de las razones que más influye en la sobreestimación de la peligrosidad es de carácter político-criminal y no es otra que la de determinar cuántos falsos negativos y positivos estamos dispuestos a asumir, lo que no depende de razones matemáticas, sino de criterios normativos. Y ello se puede, *grosso modo*, elegir. Cuanto “menos exigentes” seamos a la hora de establecer los requisitos necesarios para considerar a alguien

cómo distribuir el riesgo de error. No se trata solo de reducirlo, lo que es deseable, pero, llegado un punto, inalcanzable, sino de gestionarlo³⁸⁶. Tiene razón MORSE cuando señala que “la decisión de qué tasa y tipos de error están justificados es una cuestión normativa que solo se puede resolver ponderando los distintos intereses implicados en la predicción, incluyendo las consecuencias para el sujeto y para la sociedad y el coste de realizar la predicción”³⁸⁷.

En relación con todo ello —la distribución del riesgo de error en materia de predicción de peligrosidad criminal— también acierta MARTÍNEZ GARAY cuando señala que, a diferencia de lo que sucede en materia de culpabilidad, en este ámbito carecemos de algo parecido a una “presunción de inocencia”³⁸⁸. Lo que no es una cuestión menor si partimos,

“peligroso” mayor será el riesgo de incluir “personas *de facto* no peligrosas” dentro del concepto. Por el contrario, si para calificar a alguien como “peligroso” se establecen multitud de criterios que perfilan con precisión el concepto, mayores serán las opciones de dejar fuera del mismo a “personas *de facto* peligrosas”. En definitiva, no podemos crear un método de predicción perfecto, pero podemos decidir si preferimos “quedarnos cortos” o “pasarnos”. Se trata de la omnipresente cuestión acerca de cuándo es preferible partir de un concepto supra o infrainclusivo.

³⁸⁶ De manera contraria a lo que aquí se defiende, MILLER, M. y MORRIS, N., *Violence and Victims*, p. 276, sostienen que “si el uso de predicciones explícitas en las decisiones de determinación de la pena y de concesión de libertad bajo fianza, basadas en evidencias estadísticas, reducen el nivel de error, entonces no es ético continuar con la aplicación intuitiva de poderes discrecionales. La decisión de no usar predicciones explícitas podría implicar dilemas éticos tan grandes como (o mayores que) utilizar tales predicciones”. Aunque no se puede sino estar de acuerdo con parte del contenido (el nivel de acierto es importante), de ello no se deriva que no pueda haber razones que justifiquen renunciar a una mayor precisión. Asumir menores cotas de fiabilidad no está *per se* injustificado, sino que es algo que en ocasiones puede y debe explicarse.

³⁸⁷ MORSE, S. J., *Bioethica Forum*, p. 128. En idéntico sentido se ha pronunciado también SCHAUER, F., “Lie-detection, Neuroscience, and the Law of Evidence”, en PATTERSON, D. y PARDO, M. S. (Eds.): *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford University Press, Croydon, 2016, p. 88.

³⁸⁸ MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, p. 49. En un sentido parecido ha señalado BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial*, p. 250, cómo “el actuarialismo y el gerencialismo se muestran difícilmente compatibles con algo tan contradictorio con el riesgo como el principio de presunción de inocencia, en su sentido material de *in dubio pro libertate*, así como con uno de sus sustentos filosóficos: la consideración de agente moral del individuo, y la consiguiente renuncia al determinismo”. En esta línea, ZEDNER, L., “Erring on the Side of Safety: Risk Assessment, Expert Knowledge, and the Criminal Court”, en SULLIVAN, G. R. y DENNIS, I. (Ed.): *Seeking Security: Pre-empting the Commission of Criminal Harms*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 221 y ss., se ha mostrado favorable al reconocimiento de un “derecho a ser presumido libre de intenciones lesivas”. También efectúa una interesante defensa del derecho de toda persona a ser presumida inofensiva SEITÚN, D. I., *El agresor sexual: peligrosidad y persona. Consecuencias jurídico-penales*, BdeF, Buenos Aires, 2019, p. 70. Los objetivos perseguidos por estos autores nos parecen loables y la articulación de sus argumentos, convincente. En todo caso, el mismo objetivo puede ser satisfecho por el camino exactamente inverso: presumir la peligrosidad (en algún grado) de todos los sujetos y no solo de algunos. De esta forma, la peligrosidad no discrimina, en principio, entre unos sujetos y otros, y solo formas especialmente cualificadas de esta (sobre las que ya no cabe tal presunción) podrían explicar consecuencias diferenciadoras. Sobre esto se profundizará más adelante, vid. infra, Capítulo IV, epígrafe V. Por su parte, REBOLLO VARGAS, R., “A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA

como ya hemos señalado antes, de que el principio de presunción de inocencia no es más que un criterio de distribución de errores³⁸⁹. ¿Qué seguridad necesitamos para castigar a alguien? Si es muy alta se dejará sin castigo a muchos culpables. Si es muy baja se castigará a muchos inocentes. El hecho de que no exista una presunción del estilo en el ámbito de la peligrosidad criminal evidencia a todas luces que la ya mencionada batalla entre pronosticar mejor en términos técnicos y hacerlo en términos éticos se halla decantada hacia el primero de los bandos.

Como señala SANZ MORÁN, el problema de la “zona media” de los pronósticos plantea también el de si acudir, o no, al principio *in dubio pro reo*³⁹⁰. Este criterio fue inicialmente acogido por la doctrina tradicional, aunque en la actualidad la mayoría de los autores se muestran cautos con él o directamente contrarios a su aplicación para esta clase de supuestos³⁹¹. Un importante esfuerzo por sortear este problema ha sido llevado a cabo por

GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 352, sostiene, frente a lo que se acaba de decir, que el principio de presunción de inocencia sí rige en el ámbito de las medidas de seguridad.

³⁸⁹ Por el contrario, si nos basamos en el que parece el “principio probatorio por defecto” (el estándar de prueba preponderante) estaremos suponiendo que nos resultan igualmente rechazables los falsos positivos y los falsos negativos. Así, SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, p. 90.

³⁹⁰ SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, pp. 104 y ss. Partidario de hacerlo se mostró en su momento NOWAKOWSKI, F., “Die Maßnahmenkomponente im StGB”, en NEIDER, M. (Coord.): *Festschrift für Christian Broda*, Europaverlag, Viena, 1976, pp. 210 y ss. En otro lugar, NOWAKOWSKI, F., “Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen”, en WELZEL, H., CONRAD, H., KAUFMANN, ARM., y KAUFMANN, H. (Coords.): *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1963, p. 116, resumió perfectamente su planteamiento al defender que “los presupuestos jurídicos para la imposición de medidas no requieren certeza, sino simplemente la probabilidad de que en el futuro se cometa una acción punible (o amenazada con pena). Pero esta probabilidad constituye un estado de cosas (*Sachverhalt*) respecto del que el tribunal ha de tener pleno convencimiento. Esto no pertenece al futuro, sino al presente. El objeto de prueba no es si el acusado cometerá un delito, sino si en la actualidad se dan las circunstancias que permitan considerarlo probable. En caso de duda acerca de ello, rige el principio *in dubio pro reo*”.

³⁹¹ SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 104. Una interesante excepción a esta tendencia general parecerían constituirlos, refiriéndose, bien es cierto, no solo al pronóstico de peligrosidad, sino también al diagnóstico médico, POLLÄHNE, H. y BAUR, F., “Verfassungsrechtliche Grundlagen und Menschenrechte”, en KAMMEIER, H. y POLLÄHNE, H. (Eds.): *Maßregelvollzugsrecht*, 4ª ed., De Gruyter, Berlín, 2018, pp. 45 y ss. Para estos autores, la pregunta sobre la que girará toda la discusión será la de quién debe soportar en estos casos el coste de la duda: ¿la sociedad en su conjunto o la persona afectada? Argumentan los autores que, dado que la imposición de medidas de seguridad supone la restricción de derechos fundamentales, la Constitución (y el principio de proporcionalidad que de ella emana) es el lugar adecuado para buscar las respuestas. Si, como es generalmente aceptado, la legitimidad de una restricción de derechos fundamentales depende de que esta sea, entre otras cosas, apropiada y necesaria, y los presupuestos para saber si tal intervención reúne tales características son dudosos, la inconstitucionalidad de estas medidas parece una hipótesis probable y emerge el principio *in dubio pro libertate* como una solución acorde con el derecho fundamental a la libertad (art. 2.2 de la Constitución alemana). Dicho principio tendría potencialmente, en opinión de los autores citados,

FRISCH. Este autor ha sostenido que, cuando hemos de tomar decisiones basadas en pronósticos, no debe operar el principio de *in dubio pro reo*, pues lo que demanda el ordenamiento es, precisamente, que se atribuya una concreta consecuencia jurídica a los “casos dudosos”³⁹². De manera que, en definitiva, lo que el intérprete debería hacer es decidir, atendiendo a la *ratio* de la norma que contempla la consecuencia jurídica en cuestión, si los casos dudosos deben equipararse a los de “peligro asegurado” o a los de “ausencia clara de peligro”³⁹³. En un sentido muy próximo se ha pronunciado ZIFFER cuando ha mantenido la inaplicabilidad del principio *in dubio pro reo* a estos supuestos debido a que en estos casos “la duda es estructural, es el centro de la cuestión a decidir, con lo cual recurrir a un principio destinado a fijar una situación fáctica pasada no es una solución adecuada a la naturaleza del problema”³⁹⁴. Esta clase de supuestos dudosos, según la mencionada autora, “sólo pueden ser resueltos atendiendo al fin de la norma y a la intención del legislador con relación a la distribución de los riesgos”³⁹⁵.

Este tipo de soluciones se nos antojan insuficientes. No acabamos de ver las ventajas de lo que los citados autores proponen frente al establecimiento legislativo de un concreto umbral probatorio. El principio *in dubio pro reo* no es más, como decíamos, que un

un triple alcance pues podría regir en cuanto a: dudas en la interpretación de la norma, dudas sobre los hechos en los que se fundamenta la decisión y dudas sobre la valoración de los aspectos relativos al pronóstico y la terapia. Aunque, finalmente, en relación a este último punto (en definitiva, el de cómo tratar al sujeto que se encuentra en la zona de incertidumbre en lo que a su posible peligrosidad se refiere) se muestran más flexibles y acaban por adoptar, parece que por motivos pragmáticos, un posicionamiento similar al de FRISCH (que inmediatamente se describirá). En cuanto al segundo punto (dudas fácticas sobre los elementos que sustentan el pronóstico de seguridad) no debe haber duda alguna sobre la vigencia del principio en cuestión. Vid., a este respecto, MUSHOFF, T., *Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung: Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Peter Lang, Frankfurt, 2007, p. 232.

³⁹² FRISCH, W., *Prognoseentscheidungen*, pp. 51 y ss. Depende, entonces, de lo que cada regla estipule para cada decisión extender o restringir su alcance a los casos de pronósticos intermedios.

³⁹³ *Ibíd.*, p. 53. BRENNEIS, V. M., *Rechtspolitische Implikationen von Gefährlichkeitsprognosen im Vollzug von Maßregeln nach § 63 StGB*, Peter Lang, Frankfurt, 2010, pp. 31 y ss., apunta también en esta dirección cuando señala que el pronóstico de comportamientos futuros cuenta siempre con un importante margen de error y que lo que el perito ha de hacer es explicar al juez el método, la fundamentación científica y las posibilidades de error del pronóstico para que este último tome la decisión en este ámbito de incertidumbre; idea que desarrolla más adelante (p. 69).

³⁹⁴ ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, p. 178.

³⁹⁵ *Ibíd.*, p. 180. Así, esta misma autora había señalado antes que “si se parte de la base de que un pronóstico exacto es imposible, la cuestión puede ser vista como un problema de distribución de riesgos, a ser resuelto tomando en consideración las valoraciones previas implícitas en las normas de derecho material que autorizan la injerencia, y de las cuales se deriva que la mera satisfacción de las necesidades de seguridad sólo pueden ser decididas en contra del derecho a la libertad del afectado a partir de un cierto umbral” (p. 170).

principio de distribución de errores. Los motivos para la fijación de un umbral u otro obedecen, lógicamente, a dos variables básicas: la gravedad de la consecuencia jurídica y el grado de tolerancia al error que se esté dispuesto a asumir. En ese sentido, tienen razón tanto FRISCH como ZIFFER en que el tratamiento de los casos dudosos debe pasar por el análisis de la finalidad de la norma implicada (medidas de seguridad, suspensión de la pena, etc.). Ahora bien, es precisamente eso lo que hace el legislador en relación con las penas: valorar su gravedad y las consecuencias del error. Un estándar de esta naturaleza solo de forma discutible puede ser extraído de la regulación jurídico-penal de las medidas de seguridad (la consecuencia jurídica más evidente ligada al pronóstico de peligrosidad criminal). Mientras el legislador no precise, ha de ser el intérprete el que tome la decisión de cómo tratar los “casos difíciles”. Atender a la finalidad de la norma es un criterio razonable para adoptar la decisión más correcta, pero sería altamente deseable que el legislador fuera más preciso en este punto, pues es a él (y solo a él) a quien corresponde en verdad esta decisión³⁹⁶. Se trata ahora de la ponderación libertad/seguridad y el único poder público con la suficiente legitimidad democrática para decidir sobre esta problemática con carácter general es el legislativo.

En todo caso, la concreción de un determinado estándar de prueba no agota la necesidad de añadir “filtros éticos” adicionales. En contra del “principio de indiferencia” sostenido por LAUDAN, de acuerdo con el que todas las consideraciones morales relevantes deberían ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el estándar de prueba, pero a ningún otro efecto (pues, en ese caso se concedería demasiado peso a los fines distintos a la búsqueda de la verdad que se computarían varias veces en distintos lugares), se ha manifestado BAYÓN MOHÍNO³⁹⁷. Este último autor ha señalado, por su parte, que “a ese argumento se le puede dar la vuelta con facilidad: si el estándar de prueba no es capaz de distribuir adecuadamente el riesgo del error, no intentar hacerlo (cuando se piensa que hay buenas razones para ello) mediante reglas específicas —de admisibilidad de elementos de prueba, sobre la carga de la prueba, que condicionen el valor de ciertos medios de prueba a su corroboración por otro medio de prueba distinto, etc.— puede acabar equivaliendo a no contar el valor de ese fin ninguna vez”³⁹⁸. Y lo cierto es que, en su opinión (que aquí se comparte), “si los métodos con los que

³⁹⁶ En similar sentido se manifiesta SANTOS REQUENA, A. A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001, p. 77. Más consideraciones sobre esta cuestión se pueden encontrar en PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Consecuencias de carácter procesal del ‘fraude de etiquetas’: especial referencia a la libertad vigilada”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 47, 2019, pp. 21 y ss.

³⁹⁷ La articulación más completa de tal principio se puede encontrar en LAUDAN, L., *Truth, Error, and Criminal Law*, p. 76.

³⁹⁸ BAYÓN MOHÍNO, J. C., *Revista Jurídica Mario Alario D Filippo*, p. 26.

contamos para establecer qué grado de confirmación o apoyo inductivo obtienen distintas hipótesis de un conjunto de elementos de prueba sólo nos habilitan para establecer entre ellas una relación *ordinal*, entonces cualquier intento de formular un estándar de prueba que pretenda articular una sensibilidad más que mínima a la distribución del riesgo del error —algo que nos parece irrenunciable, p. ej., para el proceso penal— está llamado a incumplir algunos de los requisitos que idealmente debería satisfacer”³⁹⁹.

Una cuestión ética adicional es la de cómo conciliar fines valiosos contrapuestos. Si partimos de que la predicción de peligrosidad es un fin valioso (porque nos permite proteger mejor algunos bienes jurídicos) debemos asumir que este objetivo pueda entrar en contradicción con otros objetivos valiosos. El más evidente, aunque no necesariamente el más importante, es el del derecho a la intimidad del sujeto evaluado⁴⁰⁰. Pongamos por caso que los antecedentes familiares de alcoholismo correlacionan de forma positiva y significativa con la comisión de delitos. ¿Nos autoriza eso a indagar acerca de si los progenitores del sujeto eran alcohólicos? ¿Se le puede preguntar a esa persona? ¿Se puede conceder algún valor a su negativa a responder a esa pregunta?

Otro fin socialmente relevante que se puede oponer al de la predicción más eficaz es el de la no discriminación. Son muy clarificadoras las palabras de SCHAUER cuando señala, en relación con la predicción de futuros comportamientos, que “si, por ejemplo, el uso de la raza o la etnia produjera una mayor separación racial o étnica de la que fuera moral o socialmente deseable, una consecuencia particularmente importante cuando la gente es apartada y sometida a una atención especial, una sociedad podría decidir que la pérdida de efectividad es lo suficientemente pequeña como para que fuera un precio que mereciera la pena pagar”⁴⁰¹.

³⁹⁹ *Ibíd.*, p. 24. Los requisitos que deberían verse satisfechos son el de no ser un estándar subjetivo (que se remita a estados mentales del juzgador), que se encuentre formulado de tal manera que permita la constatación de su satisfacción por medio de “procedimientos intersubjetivamente controlables”, que su formulación dé lugar a una precisa distribución del riesgo considerada justificada y, finalmente, que “de su aplicación [resulte] esa distribución del riesgo, pero precisamente en razón de la calidad de los elementos de prueba y las inferencias probatorias que es preciso llevar a cabo a partir de los mismos, no de ninguna otra cosa” (pp. 18 y ss.).

⁴⁰⁰ Consideraciones al respecto se pueden encontrar en MORSE, S. J., *Bioethica Forum*, p. 128. También FRISCH, W., *Prognoseentscheidungen*, p. 58, llama la atención sobre esta faceta negativa de los pronósticos que, al perseguir una valoración lo más completa posible del sujeto, pueden acabar invadiendo importantes esferas de intimidad. Cuestión que también se plantea MARTÍNEZ GARAY, L., *Revista de Derecho penal y Criminología*, p. 502 (nota 53).

⁴⁰¹ SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, p. 189. Y añade posteriormente que “dado que permitir el uso de la raza o la etnia impone un coste a aquellos miembros de los grupos

En conexión con todas estas cuestiones resulta interesante el cambio de dirección emprendido por MARTÍNEZ GARAY en los últimos tiempos a la hora de cuestionar el uso de los diversos mecanismos de valoración del riesgo⁴⁰². La citada autora había desarrollado hasta hace poco una vía de crítica centrada esencialmente en cuestionar la validez y eficacia de tales instrumentos (algo que después ha denominado plano de crítica “interno a la propia lógica de estas herramientas”)⁴⁰³. Recientemente, sin embargo, ha comenzado a hacer mayor hincapié en cuestiones como las que acaban de ser apuntadas. Así, incide en que “es importante poner de relieve otras críticas que cabe formular a estos instrumentos, y que serían aplicables a los mismos aun en el caso de que sus estimaciones tuvieran un elevado grado de acierto”⁴⁰⁴. Estas otras críticas podrían ser reducidas a la idea del problema de la “contraposición entre consideraciones de eficiencia y justicia”⁴⁰⁵. Uno de los principales campos de tensión en este ámbito sería el de qué sucedería si, como todo apunta, las condiciones de marginalidad incidieran en el pronóstico de peligrosidad. De este modo, como sostiene la autora, “[u]na cosa es reconocer que desgraciadamente siempre ha habido cierta injusticia social en el sistema penal, y otra afirmar que las decisiones sobre la elección y ejecución de la pena *deben* explícitamente tomar en consideración esos factores para permitir, en su caso, endurecimientos de la respuesta penal”⁴⁰⁶. De este modo, se pone en claro el problema que ha sido planteado en páginas anteriores: una cosa es qué *podemos* predecir (y con qué grado de fiabilidad) y otra completamente distinta es qué *debemos* hacer con esa información.

Por todo lo dicho, se puede mantener que tiene razón entonces POLLÄHNE cuando señala que el empirismo, en principio, se encuentra libre de restricciones normativo-probatorias, pero, que precisamente por ello, puede suceder que un pronóstico de probabilidad concreto compuesto de conformidad exclusivamente con la “empiría” no pueda posteriormente incorporarse plenamente a las pruebas del proceso judicial⁴⁰⁷. En definitiva, no podemos “hacer trampas” y sustraer de las restricciones normativas

identificados que están en el área de suprainclusión (...) sería preferible distribuir el coste de forma más amplia” (p. 190). En su opinión, hacer esto sin perder en términos de seguridad supondría someter a un mayor escrutinio a toda la sociedad. Esto probablemente sea cierto. Pero seguramente también lo es que existiría la opción de asumir una menor seguridad en aras de una también menor intromisión en la esfera individual de cualquier sujeto.

⁴⁰² Reconoce la propia autora el giro en el planteamiento (que de inmediato se describirá) en MARTÍNEZ GARAY, L., “La relación entre culpabilidad y peligrosidad”, pp. 197 y ss.

⁴⁰³ *Ibíd.*, p. 165.

⁴⁰⁴ *Ibíd.*, p. 169.

⁴⁰⁵ *Ibíd.*, p. 180.

⁴⁰⁶ *Ibíd.*, p. 191.

⁴⁰⁷ POLLÄHNE, H., “Kriminalprognostik”, p. 239.

determinados elementos únicamente dejando que sean otros quienes los tomen en consideración (peritos en lugar de jueces).

V. Propuesta conceptual

En las últimas páginas hemos defendido una serie de postulados que se podrían reducir a lo siguiente:

- a) La peligrosidad no es una “realidad tangible”, sino que es un concepto cargado fuertemente de contenido normativo.
- b) Asociar consecuencias jurídicas restrictivas de derechos a un sujeto en atención a su peligrosidad supone justificar que es él, y no la sociedad toda, quien debe soportar tal restricción.
- c) El hecho de que determinados datos nos proporcionen información relevante de cara a establecer inferencias probabilísticas no implica que estos datos deban ser tenidos en cuenta. En ocasiones puede haber buenos motivos que nos lleven a descartar información que en sí misma pueda ser valiosa para establecer inferencias de este tipo.

Todas estas afirmaciones, de ser compartidas, deberían llevar a la construcción de un concepto de peligrosidad que asumiera su, al menos parcial, acientificidad y que permitiera establecer, a su vez, una equilibrada y justa distribución de cargas Estado/individuo. El objetivo de las siguientes páginas es precisamente ese.

En el capítulo anterior veíamos cómo se encuentra muy extendida la idea de que es necesario transitar desde el concepto “peligrosidad” al de “riesgo”. Y ello, decíamos, porque se sostiene, entre otras cosas, que el segundo es más preciso y toma en consideración algunos factores ajenos al sujeto que representan una especial correlación con el delito. Es esta una de las manifestaciones más claras de que, en el debate actual, la cuestión empírica parece haberle ganado terreno a la cuestión normativa. Difícilmente se puede dudar de que el contexto social o familiar marginal incide positivamente (estadísticamente hablando) en la comisión de delitos. Ahora bien, quizás deberíamos preguntarnos si el sujeto en cuestión tiene algún margen de actuación en relación con dicho particular o, alternativamente, si se le puede atribuir en alguna medida el haber causado ese contexto. Si es posible acreditar cualquiera de esos dos extremos, se podrá

imponer algún tipo de restricción de derechos en atención a la responsabilidad (en sentido débil) del sujeto en relación con esa situación. Sin embargo, la mayoría de los factores cuyo análisis añade el concepto de riesgo frente al de peligrosidad parecen escapar por entero al control del concreto sujeto. Y eso, en muy buena medida, porque su origen es social. Decir a la vez, por ejemplo, que el Estado es el causante de la pobreza de una determinada comunidad, que la pobreza se asocia al delito, que el delincuente pobre es más peligroso y que por ello hay que restringir sus derechos, supone cargar sobre un individuo el coste que trae causa de un problema social⁴⁰⁸. Supone, dicho brevemente, privatizar el coste de la solución de una dificultad social; algo que parece difícilmente justificable, ya que se trata de una política criminal dirigida a paliar las consecuencias y no a remediar sus causas.

En definitiva, uno de los problemas más importantes del sistema jurídico-penal actual (y, seguramente, de siempre) es el de la adecuada distribución de costes en el conflicto entre libertad y seguridad. Se debe decidir cómo distribuir este coste entre sujeto particular y Estado⁴⁰⁹. Se trata, al final, de repartir costes entre víctimas y delincuentes potenciales; lo paradójico es que cada ciudadano es ambas cosas a la vez⁴¹⁰. Parece claro que en un Estado de corte liberal el principio que debe regir este reparto de costes debe ser preferiblemente el de merecimiento y no el utilitario.

Compartimos en muy alto grado la opinión de MOLINA FERNÁNDEZ, cuando señala que la responsabilidad subjetiva ha sido (y debe seguir siendo) el criterio principal de asignación de consecuencias jurídicas lesivas por motivos de justicia, pero también pragmáticos. Así, apunta, “es una intervención útil porque los elementos que definen la responsabilidad

⁴⁰⁸ Con mucha más precisión lo ha explicado RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Cuadernos para el diálogo*, p. 52, al sostener que “el modo más eficaz de prevenir delitos es el proceder a una justa regulación jurídica del orden económico, político, laboral, familiar, educativo, sanitario, etc. Descuidar este aspecto y predisponer luego una serie de medidas para los llamados peligrosos sociales, que a lo mejor son pura y simplemente víctimas de la injusta regulación de alguno de los órdenes aludidos, parece una prevención que tiene mucho de inconsecuente”.

⁴⁰⁹ Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO DE LA TORRE, I. (Dirs.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, 2001, vol. 1, pp. 708 y ss. y PEÑARANDA RAMOS, E., “La pena: nociones generales” en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.): *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 286. En un sentido parecido, Díez Ripollés, J. L., *Nuevo Foro Penal*, pp. 220 y ss.; y Brenneis, V. M., *Rechtspolitische Implikationen von Gefährlichkeitsprognosen*, p. 47. Por su parte, Robles Planas, R., *InDret*, p. 18, señala que “el precio de este primado de la libertad no es la renuncia total a la seguridad, sino la renuncia a la seguridad total”.

⁴¹⁰ En esta línea parece apunta FLOUD, J., *The British Journal of Criminology*, p. 218.

subjetiva son el presupuesto elemental de efectividad directiva de las normas primarias de comportamiento, con lo que la exigencia de responsabilidad subjetiva se convierte en condición necesaria de la prevención. Es una intervención justa porque se basa en el merecimiento; porque la distribución de los efectos lesivos se hace a costa de la persona que tuvo en sus manos que el mal no se hubiera producido”⁴¹¹. En todo caso, consideramos que la responsabilidad subjetiva no sería en verdad una “condición necesaria de la prevención”, sino algo más modesto, algo así como una “circunstancia propiciadora” de ella. Concebirlo en otros términos sería seguramente incurrir en el “espectacular *non sequitur*” del que hablaba HART cuando discutía los argumentos de BENTHAM. Es decir, solo si pensamos en la prevención del delito del concreto destinatario de la sanción tal afirmación es posiblemente cierta⁴¹². Si la perspectiva, en cambio, es más amplia y tenemos en mente la prevención general, tal aseveración no es correcta, pues sería perfectamente concebible una pena totalmente desligada del principio de culpabilidad y enormemente útil en términos preventivos. En este punto resultan interesantísimas las consideraciones de FRISTER cuando, una tras otra, rechaza todas las argumentaciones dirigidas a buscar una explicación del principio de culpabilidad en términos preventivos⁴¹³. Consideraciones que, en una línea similar a la del autor alemán, pero algunos años antes, había efectuado PÉREZ MANZANO⁴¹⁴. Esta autora llegaría a concluir que “[l]a razón principal del mantenimiento de la culpabilidad como límite de la pena no es de tipo empírico-social, su efecto preventivo integrador, sino un argumento de tipo

⁴¹¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002, p. 72.

⁴¹² HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 20. De este modo, apuntaba el filósofo, de la inutilidad preventiva de la pena frente al sujeto al que se impone no se puede derivar, sin más, su completa inutilidad preventiva, pues puede desempeñar todavía esta función de manera exitosa frente a otros sujetos que se vean compelidos por ella.

⁴¹³ FRISTER, H., *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, pp. 21 y ss. Así, sostiene FRISTER, el efecto intimidante de las penas a no culpables puede ser ostensiblemente superior al de las penas a culpables en determinadas condiciones; piénsese en el castigo a los familiares o seres queridos del autor del delito (p. 21). Es cierto que frente a tal aseveración se podría mantener que, aunque el castigo al inocente pudiera reportar ventajas en términos preventivos, ello tendría un importantísimo coste social por la desorientación que implicaría para el destinatario de la norma; de manera que una ponderación sofisticada que tomara en consideración tal coste concluiría que en términos preventivos no tendría sentido prescindir de la culpabilidad. Tal argumentación, sin embargo, tampoco resultaría convincente, pues es solo parcialmente correcta. Es cierto también que no exigir una actitud dolosa o imprudente por parte del autor del delito impediría una *razonable* planificación vital para evitar el castigo y conduciría a conductas disfuncionalmente cautas. Pero castigar a quien padece una enfermedad mental no tendría tal efecto precisamente porque el destinatario ordinario de las normas no se vería identificado con él —que constituirá, además, una minoría— y no haría propios sus problemas (p. 23). De este modo, la forma de concebir la imputabilidad desde algunas perspectivas preventivo-funcionales se vuelve ahora impedimento para que estas puedan sostener el principio (no necesariamente la categoría) de culpabilidad sobre esos mismos mimbres.

⁴¹⁴ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, pp. 149 y ss.

valorativo, deducido de los principios básicos del Estado social de Derecho; la individualización de la respuesta penal al delito en función de la imputación subjetiva garantiza los derechos del reo y plasma el principio de igualdad real⁴¹⁵. Con todo, no se trata, desde luego, de una cuestión sencilla, pues creemos que le asiste la razón a SILVA SÁNCHEZ cuando defiende que “el principio de culpabilidad no es en sí expresión de una garantía, sino más bien la ‘síntesis’ de varias finalidades del Derecho penal, preventivas y garantísticas”⁴¹⁶. Es posible, no obstante, que lo que ahora llamamos “límites axiológicos” o “garantías frente a la prevención” no sean más que “prevención cristalizada” (la “foto fija” de las necesidades preventivas de un determinado momento histórico); dicho de otro modo: que el origen de la moral sea consecuencialista. Podría suceder que de la (injusta) restricción de libertad inútil en un contexto histórico determinado se haya acabado emancipando aisladamente la idea de que el castigo a un concreto sujeto es *per se* injusto, de manera que no quepa ciertamente contraponer necesidad preventiva y garantías por la sencilla razón de que estas últimas no sean (al menos buena parte de ellas) en verdad más que un heurístico para concretar las necesidades preventivas de un momento dado. Ahora bien, precisamente el hecho de haber sido fijadas normativa o, incluso, constitucionalmente haría que esas necesidades preventivas, que podrían ser menores que aquellas que coyunturalmente se dieran, desempeñasen efectivamente un papel limitador que evitase (re)evaluar en cada supuesto la necesidad o no de una concreta privación de derechos. Así, sería preciso distinguir, en la línea ofrecida de forma reciente por RODRÍGUEZ HORCAJO, la génesis de la moral de su forma de operar⁴¹⁷. No

⁴¹⁵ *Ibíd.*, pp. 274 y ss. En un sentido similar, un insistente defensor de la necesidad de profundizar en aquello que lo empírico puede aportar al estudio del Derecho como MIRÓ LLINARES ha sostenido que “la aceptación de funciones preventivo generales no impide el reconocimiento de límites o de suma de finalidades ético-morales” (MIRÓ LLINARES, F., “La función de la pena ante el ‘paso empírico’ del Derecho penal”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, 2017, p. 36).

⁴¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 417. Más adelante prosigue este autor sosteniendo que “una concepción de la culpabilidad como garantía en sí misma, enfrentada con una propia lógica a la lógica de la prevención no explicaría las importantes variaciones que se han producido en su contenido a lo largo de la historia y que, en buena parte, pueden explicarse por consideraciones precisamente preventivas, aunque no sólo por ellas” (p. 466). Culmina la defensa de esta tesis al manifestar que “debe admitirse que en el ámbito sistemático de la culpabilidad inciden, junto a las consideraciones derivadas de las necesidades preventivas, (...) consideraciones de ‘juego limpio’. En realidad, ello se manifiesta en la voluntad, patente en el ámbito de la culpabilidad de no exigir de los ciudadanos demasiado, de no pretender hacer de ellos héroes ni santos, de atender a la desigualdad de sus situaciones individuales; pero, junto a todo eso, de tener presentes en todo caso las exigencias preventivas” (p. 665). Del conflicto interno de estos objetivos resultaría el concepto de culpabilidad vigente en cada momento.

⁴¹⁷ En todo caso, esto queda aquí apuntado como una mera hipótesis, tal y como hiciera de forma parecida RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 296, al manifestar su intuición de que no solo la propia pena, sino también los límites normativos a estas “se basan en último término también en razones evolutivas”. Es esta una intuición que últimamente este mismo autor ha desarrollado en la línea de lo aquí expuesto, aunque de modo mucho más radical llegando a puntos que, por razones que no cabe exponer ahora, no compartimos de modo completo (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P.,

obstante, creemos que le asiste la razón a BAYÓN MOHÍNO cuando advierte de los peligros de fundir razones morales y prudenciales⁴¹⁸. Además de estos peligros, tal refundición dificultaría enormemente la posibilidad de desempeñar una verdadera función de limitación del poder punitivo estatal. De este modo, y como ha señalado GRECO, todas las demás vías de restricción del poder estatal, las ajenas a las estrictamente axiológicas, se conforman de elementos *a posteriori* y que, en consecuencia, resultan contingentes y cambiantes, mientras que “lo necesario sólo se alcanza cuando se tiene valor para lo *a priori*. Necesitamos de las consideraciones deontológicas porque sólo ellas pueden fundarse *a priori*, porque sólo ellas, en consecuencia, escapan a la contingencia y pueden ponerle límites insuperables al poder estatal”⁴¹⁹.

Dicho esto, que la mayoría de los factores que se tienen en cuenta a la hora de pronosticar el “riesgo delictivo” sean de carácter social no quiere decir que todos lo sean. Y, lo que

RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 296 y ss.).

⁴¹⁸ BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 66 y ss. Señala este autor acertadamente en una cita que, pese a su extensión, no nos resistimos a reproducir, que “[s]in un uso restringido de ‘deseo’ y ‘autointerés’ no sólo se difumina la diferencia entre egoísmo y altruismo, sino que se desenfoca la relación entre razones prudenciales y razones morales (o, para ser más exacto, entre razones prudenciales y las razones morales *que acepta el agente*). Aunque las relaciones entre prudencia y moralidad son complejas y controvertidas, muchos aceptarán que, *grosso modo*, actuar prudencialmente equivale a maximizar la satisfacción de los fines o deseos propios, mientras que la moralidad impone ciertos límites a la persecución de los propios fines en atención a los fines de los demás. Pero si las razones morales que acepta el agente se conceptúan como ‘fines’ o ‘deseos’ suyos —como algunas, entre otras, de sus ‘preferencias’, por más que sean las que ocupen los escalones más altos de su escala ordinal—, y si cualquier acción *prima facie* altruista es rápidamente engullida por un egoísmo abárcalo-todo a tenor del cual si el agente promueve los fines de otros es porque *él* desea hacerlo, la diferencia entre prudencia y moralidad se desdibuja: el agente que actúa según principios morales que él acepta no estaría poniendo un límite a su racionalidad prudencial, sino que más bien llevaría ésta hasta sus últimas consecuencias. La racionalidad prudencial plena y consecuente no llegaría hasta el punto en que comienza lo que el agente entiende como racionalidad moral, sino que continuaría su avance engulléndola. En la noche de la ‘paradoja hedonista’ todos los gatos son pardos (o, para el caso, egoístas); y bajo su espeso manto de oscuridad no hay manera de saber si se mueven por el tejado de la prudencia o por el de la moralidad, que, a la postre, resultan ser el mismo”.

⁴¹⁹ GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, pp. 119 y ss. Sobre la importancia de este argumento (“el problema de la contingencia”) y otros dos de cierto vuelo relacionados con la cuestión que ahora abordamos (“el problema de la ponderabilidad”, esto es, que la utilidad resulta ponderable, aun cuando determinados principios no deban serlo, y el “problema del punto ciego del argumento”, esto es, en la línea de lo que acabamos de apuntar a través de BAYÓN MOHÍNO, el problema de la difuminación de los criterios directamente vinculados a la idea de justicia) y su aplicación a distintos supuestos, vid. GRECO, L., “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal”, *InDret*, n.º 4, 2010, pp. 5 y ss. En dicho trabajo, manifiesta razonablemente que, por supuesto, las consideraciones asociadas a la idea de conveniencia tienen peso en la medición de la racionalidad (y moralidad) de una decisión, pero que ello no debe llevar a sostener, de manera frontalmente opuesta a lo que defienden algunos de los autores citados en notas anteriores, “que todas las razones que tengan algún peso se refieran a beneficios y a perjuicios, con otras palabras, que solamente existan razones de conveniencia y que todas las consideraciones de respeto constituyan, tras un análisis más riguroso, consideraciones de conveniencia, aunque sean indirectas” (p. 16).

es más importante, tampoco quiere decir que todos los factores que se valoran en el pronóstico de peligrosidad subjetiva sean estrictamente personales; al menos no en el sentido comentado de que se pueda responsabilizar al sujeto de su concurrencia. Un ejemplo claro en relación con este punto lo constituye la raza⁴²⁰. Si bien la raza pertenece a lo más subjetivo de un sujeto (es parte de su composición biológica) resultaría injustificado privar de más derechos a un sujeto en consideración a esta. Y ello con independencia de que pudiera constatarse una mayor tendencia criminal en los sujetos pertenecientes a una específica raza.

En todo caso, no es solo una justificación estrictamente deontológica la que debería llevar a excluir todo el conjunto de factores que escapa de la responsabilidad del sujeto. Existe también un motivo de carácter más pragmático y que tiene que ver con la función de motivación (al sujeto concreto, y no a la colectividad en su conjunto) del Derecho penal. ¿Cómo se puede querer motivar a un sujeto al que se le dice que la restricción de derechos a la que se le va a someter no depende de nada que esté bajo su control?

En alguna medida emplea un argumento parecido MARTÍNEZ GARAY en relación con la revisión de la prisión permanente, cuando señala que, dado que “el único factor que es susceptible de mejora voluntaria por parte del sujeto es ‘su conducta durante el cumplimiento de la pena’ (...), es contrario al principio de resocialización que la revisión de la pena de prisión perpetua esté diseñada de forma que depende en su mayor parte de circunstancias que o bien no son modificables por el reo, o bien por definición contribuirán a conformar un juicio negativo de pronóstico”⁴²¹. El sustrato común a este argumento y al señalado anteriormente es que no se puede exigir lo que es imposible. El ordenamiento jurídico sancionador no debería anudar con carácter general consecuencias a factores objetivos⁴²². Ni siquiera cuando estemos hablando de la imposición de consecuencias distintas a la pena. La peligrosidad criminal es el extremo opuesto a la reinserción social. Y esta se exige en multitud de ocasiones como requisito para acordar el cese de la

⁴²⁰ No se entrará aquí al debate acerca del sustrato genético (o más bien su carencia) de la división del ser humano en razas. En este punto, poco importan las conclusiones científicas al respecto. Las referencias aquí a la “raza” se pueden comprender cabalmente como construcciones sociales lo suficientemente extendidas como para que todos entendamos de manera aproximada a qué nos referimos. Por otra parte, el “factor raza” ha sido una constante del debate acerca de la predicción de peligrosidad, de manera que descartarlo sin más impediría dar debida cuenta a buena parte de la discusión histórico-científica al respecto y de los dilemas éticos a los que esta ha debido enfrentarse.

⁴²¹ MARTÍNEZ GARAY, L., “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, p. 157.

⁴²² Cuestión distinta será que otros sectores del ordenamiento que se dirigen a la satisfacción de muy diversas funciones puedan atender a tales circunstancias. Así lo hace paradigmáticamente el Derecho civil con su finalidad resarcitoria o el Derecho tributario con su finalidad de redistribución equitativa de recursos.

restricción de derechos. Si el concepto de peligrosidad se configura de forma tal que no está en manos del sujeto revertir la situación, la capacidad de motivar al sujeto para que “vuelva al redil” es tendencialmente nula.

En definitiva, pues, son argumentos morales y pragmáticos los que deberían llevarnos a prescindir de los factores que escapan a la responsabilidad del sujeto a la hora de determinar la probabilidad de que alguien delinca. Ello, evidentemente, se hará en detrimento de una valoración de la peligrosidad más precisa. Pero es que esta precisión no es un valor en sí mismo, sino un medio dispuesto para un fin. Y en tanto siga siendo eso (y nada más), el fin al que se quiera servir alterará la idoneidad del medio y sus concretas características.

En este sentido, conviene advertir ya algo que hasta ahora quizás estaba presente solo de manera tácita y que luego será desarrollado en mayor detalle: estamos definiendo un concepto de peligrosidad operativo únicamente para sujetos imputables. Evidentemente, lo aquí propuesto no se debe entender como una exigencia de que el inimputable sea también responsable (¿?) de su propia peligrosidad. Como veremos luego, sin embargo, la propia fundamentación de la restricción de derechos en uno y otro caso (imputable e inimputable) determina el concepto de peligrosidad que será de utilidad⁴²³. Expresado de otra forma: no es lícito caracterizar del mismo modo la peligrosidad criminal cuando ello se hace para imponer una medida de seguridad terapéutica que cuando se requiere para privar de derechos a alguien con un propósito inocuidador. Al fin y al cabo, esto no es más que un desarrollo natural del carácter normativo (o funcional) del concepto de peligro. Si la peligrosidad se encuentra inevitablemente teñida de elementos normativos, cuál sea el objetivo con el que esta sea tomada en consideración modificará razonablemente sus propios contornos.

Consecuencia de todo lo señalado hasta ahora es la defensa de un concepto de peligrosidad criminal de marcado carácter subjetivo⁴²⁴. Hablamos de un concepto que

⁴²³ Vid. infra, Capítulo V, epígrafe VIII y Capítulo VI, epígrafe III.

⁴²⁴ Consecuentemente se podrían establecer paralelismos, salvando ciertos matices de considerable importancia, entre lo que aquí se propone y el concepto de peligrosidad que en su día defendiera ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, pp. 24 y ss., cuando mantenía que “la peligrosidad es, por consiguiente, una cualidad, una aptitud personal, unas características que definen la personalidad del sujeto”. A lo que, más adelante (p. 25), añadía que el “cúmulo de condiciones objetivas y subjetivas, en cuanto factores que conducen a la situación de peligrosidad, sirven también como síntomas para la comprobación de la misma, pero no pueden identificarse con ella”. Con todo, existen algunas diferencias relevantes, pues no parece que sea lícito asumir como

pondere únicamente aquellos factores que son achacables al sujeto en cuestión y no a la sociedad en su conjunto. Ello supondrá que podrá ser en determinados supuestos lícito tomar en consideración la peligrosidad de un individuo, pero solo en la medida en que para ella computen factores sometidos de algún modo a su control. Ejemplos claros de ellos pueden ser el odio (que cristaliza en tendencia a la violencia) hacia un determinado colectivo (mujeres, negros, etc.), una predisposición a la violencia como forma de resolución de conflictos, etc.

Frente a un concepto como el que aquí se propone se ha manifestado con contundencia (y con algunas muy buenas razones) MARTÍNEZ GARAY, quien sostiene que un importante avance que proporciona la evaluación del riesgo frente al concepto de peligrosidad subjetiva (como disposición o tendencia inherente al sujeto) es precisamente poner el acento en que lo que se predice es “la probabilidad de que se lleven a cabo acciones (violentas, o criminales), y que éstas resultan de una interacción entre las propiedades del individuo y las circunstancias del entorno en el que se encuentra”⁴²⁵. Como se comentaba antes, no cabe duda de que una predicción precisa deba tener en cuenta estos factores, lo que no resulta claro, en cambio, es que una predicción útil en el ámbito jurídico-penal deba ser solo precisa.

El motivo central que lleva a MARTÍNEZ GARAY a defender una propuesta como la que aquí se rechaza tiene que ver, en definitiva, con la idea de falsabilidad: “si en la valoración de la peligrosidad se pone el acento en las características subjetivas de la personalidad del individuo (estables y relativamente inmutables), no es ilógico pensar que mientras tales características concurren sería correcto considerar al individuo como peligroso, y seguir considerándolo tal aunque dicha peligrosidad no llegara nunca a manifestarse en la comisión de ulteriores delitos (durante un tiempo determinado, o incluso nunca). Por el contrario, si lo decisivo es, según la perspectiva de valoración del riesgo, la probabilidad de que se produzca la conducta delictiva o violenta, el hecho de que transcurra el tiempo

“elementos de peligrosidad” cualesquiera elementos reconducibles a la subjetividad del individuo (aunque este es un buen punto de partida), sino solo aquellos de entre estos de los que se pueda “responsabilizar al sujeto”. Es, pues, un concepto el que se defiende aquí más restringido.

⁴²⁵ MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, pp. 11 y ss.

para el que se había hecho la predicción y el delito no se cometa ha de considerarse como evidencia de que el pronóstico fue equivocado”⁴²⁶.

Ello enlaza directamente con la posibilidad de hablar con propiedad de “falsos positivos”. Sin embargo, en este punto no se comparte la argumentación efectuada por la autora citada esencialmente por dos motivos. El primero es que tácitamente se asimilan factores personales con factores estáticos y factores sociales con factores más dinámicos cuando lo cierto es que ninguna de las dos equiparaciones tiene que ser siempre correcta⁴²⁷. Puede haber factores personales (falta de control de impulsos, por ejemplo) que sean susceptibles de tratamiento y mejora, mientras que cabe la posibilidad de que factores ajenos a la personalidad del individuo (que en esta investigación se descarta tener en cuenta) sí sean radicalmente inmutables (como, por ejemplo, la fecha de la primera condena) o resulten de muy difícil reconfiguración (como el sentido de pertenencia a un determinado colectivo).

Por otra parte, tampoco se conviene con la autora citada en que solo pueda ser falsado un pronóstico que se hace por tiempo determinado (lo que, por cierto, tampoco es exclusivo de los métodos de valoración del riesgo frente a los de valoración de la peligrosidad). La comisión (o no) del delito sería, en nuestra opinión, el indicio más importante de que una evaluación de peligrosidad o de riesgo ha acertado o fracasado, pero no el único. No es necesario esperar a que se cometa un delito o a que expire el plazo para el que se evaluó el riesgo para poder reexaminar la situación y llegar a conclusiones distintas con mejor información o mejores métodos o profesionales para procesarla. Lo que hace que un pronóstico sea correcto no es, en nuestra opinión, su acierto, sino su calidad⁴²⁸. No creemos que la posibilidad de hablar de falsos positivos, en definitiva, sea algo privativo de los métodos de valoración del riesgo.

⁴²⁶ *Ibíd.*, p. 12.

⁴²⁷ *Vid. supra*, nota 262.

⁴²⁸ En este sentido, estaríamos de acuerdo con VIVES ANTÓN, T. S., *La libertad como pretexto*, pp. 19 y ss., cuando sostiene que “[l]a confianza que depositamos en los pronósticos científicamente fundados no se basa en el hecho de que se cumplan. Pues, aunque generalmente ocurra así, hay pronósticos científicamente fundados que no se cumplen. Y, a la inversa, predicciones llevadas a cabo por métodos mágicos, presentimientos, etc., llegan a ser certeras. Lo que distingue a unos pronósticos de otros no es, fundamentalmente su acierto o desacierto efectivo, sino la garantía de ese acierto. En los pronósticos científicos la garantía es muy fuerte, en los demás, prácticamente nula”.

Es importante precisar, además, que, como ha puesto de relieve con especial claridad GONZÁLEZ LAGIER, es posible responsabilizar en alguna medida a los sujetos de muchas de las emociones que sienten⁴²⁹. Y existe lo que el mencionado autor ha denominado la “dualidad de las emociones”; estas “por un lado, forman parte del entramado de razones para la acción; por otro, de las causas de la misma. Por un lado, impulsan nuestras acciones; por otro, reducen nuestro control sobre ellas. Por un lado, disminuyen nuestra responsabilidad; por otro pueden aumentarla”⁴³⁰. En definitiva, “las emociones son ambivalentes. Son como un foco que ilumina cierto aspecto del mundo, dejando en la penumbra el resto. Cuanto más intensa es la luz, mejor vemos el objeto enfocado, pero más estrecho es el foco y más oscuro queda el resto. Una emoción equilibrada nos estimula, una emoción intensa nos ofusca, una emoción muy intensa puede hacernos perder gran parte del control de nuestra acción”⁴³¹.

En una línea similar ya habían explicado antes KAHAN y NUSSBAUM que en la historia de la cultura occidental es posible rastrear dos visiones diferentes para “explicar” las emociones: la concepción mecanicista (*mechanistic conception*) y la concepción evaluativa (*evaluative conception*)⁴³². Esta última forma de observar determinadas

⁴²⁹ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 151, mantiene que se podría sustentar la responsabilidad de una persona por sus emociones cuando es capaz en alguna medida de controlarlas y existen normas que pueden legitimar este tipo de reproches. Las emociones serían “estados parcialmente dentro del control del agente” que pueden ser controlados, aunque no de forma absoluta, revisando las creencias que sirven de base a la emoción, manipulando el contexto en el que las emociones emergen o revisando nuestros deseos y perspectivas. Así, como indican KAHAN, D. M. y NUSSBAUM, M. C., “Two conceptions of emotion in Criminal Law”, *Columbia Law Review*, vol. 96, 1996, p. 276, las emociones son algo distinto de los meros apetitos corporales (como el hambre y la sed) y de estados de humor carentes de referencia clara (como la irritación o la depresión endógena). Tal y como insistiría más adelante NUSSBAUM, M. C., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Katz, Buenos Aires, 2006, p. 40, las emociones se diferencian conceptualmente de los “sentimientos poco inteligentes” y de “las fuerzas corporales” en que las primeras involucran creencias y a veces creencias muy complejas respecto de su objeto”. De esta concepción derivaría que “las emociones no son impulsos afectivos sin sentido, sino respuestas inteligentes que están en sintonía tanto con los acontecimientos como con los valores y las metas importantes de la persona” (p. 52).

⁴³⁰ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Emociones, responsabilidad y derecho*, p. 152.

⁴³¹ *Ibíd.*, p. 149.

⁴³² KAHAN, D. M. y NUSSBAUM, M. C., *Columbia Law Review*, p. 273; distinción que, como señalan, ha sido fuente de discusión en muy diversos ámbitos, lo que probablemente sea un indicio de que es importante tenerla en cuenta también para el Derecho penal. En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, BdeF, Buenos Aires, 2014, p. 52, apunta que la concepción evaluativa de las emociones desarrollada por estos autores tiene la virtud en este punto de que “sólo con ella es posible explicar la receptividad, históricamente comprobable, del Derecho a los cambios de las reglas sociales”. Que la relevancia de las emociones para la responsabilidad penal depende de la valoración social que de ellas hagamos lo percibió ya hace tiempo NINO, C. S., *Los límites de la*

emociones, que es la que ahora nos importa, pone de manifiesto cómo estas emociones implican concepciones o evaluaciones previas sobre la importancia o significación de determinados eventos u objetos y que, consecuentemente, pueden ser sometidas a un enjuiciamiento acerca de lo apropiado de las mismas⁴³³. De este modo, las emociones podrían ser inapropiadas al menos en dos sentidos. Por un lado, podrían serlo por un error acerca de lo sucedido o de quién estuvo implicado en ello (una suerte de “error de hecho”); por otro lado, podría ser criticable la propia emoción en sí misma considerada por la adscripción que el sujeto hace de determinadas emociones a determinados sucesos como, por ejemplo, conceder demasiada importancia a cuestiones que generalmente consideramos menores (una suerte de “error en la valoración”)⁴³⁴.

En tanto que sean reprochables estas emociones (y en la medida, también, en que actúen como motores de la acción, esto es: que cristalicen en tendencias) podrán ser tenidas legítimamente en cuenta a la hora de efectuar un pronóstico de peligrosidad. Una emoción de desprecio u odio hacia un colectivo (o, por ejemplo, hacia la autoridad) podría ser atribuida al sujeto que tenía en su mano la posibilidad (y sería discutible incluso si el deber) de controlar tal emoción. Aquel que por desprecio a la autoridad estatal actúa contra el Derecho manifiesta una actitud que puede serle “reprochada” y dado que se le puede censurar por ello, cabría atribuir a esta emoción alguna consecuencia desde una óptica estrictamente escrupulosa con el principio del merecimiento. Cuestión distinta es qué consecuencia se puede atribuir. En nuestra opinión, dicha emoción no podrá por sí

responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 158, cuando señaló que en la práctica forense “cuando el propósito o estado emotivo del agente no se consideran suficientemente excusables, o dicho estado no está suficientemente definido, o los medios empleados para lograr tal propósito no son suficientemente eficaces o razonables, se acude al dogma de que los motivos son irrelevantes para la responsabilidad penal (y no que algún motivo en especial sea irrelevante); pero cuando se siente que el acusado es tan moralmente inocente como para dejar de lado consideraciones de prevención, se reconoce entonces la eficacia excusante de algún motivo, aunque generalmente se lo hace en forma encubierta y sin especificar y justificar las condiciones que permiten una excepción al supuesto principio general”. De este modo, no se puede sino admitir la relevancia de estándares normativos a la hora de determinar si, concurriendo una determinada emoción, alguien debe ser, o no, responsabilizado de sus actos en un contexto dado. Vid., en relación con la ira, GREENSPAN, P., “Unfreedom and Responsibility”, en SHOEMAN, F. (Ed.): *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, pp. 71 y ss.

⁴³³ KAHAN, D. M. y NUSSBAUM, M. C., *Columbia Law Review*, p. 278.

⁴³⁴ *Ibíd.*, p. 287. Insistiría en ello más adelante NUSSBAUM, M. C., *El ocultamiento de lo humano*, p. 46, al afirmar que “las emociones mismas pueden ser valoradas. Es posible señalar que la emoción de una persona se basa en creencias verdaderas o falsas y (una cuestión aparte) razonables o no razonables. Asimismo, ahora podemos observar que tales juicios pueden realizarse no sólo respecto del componente fáctico de la emoción-creencias, sino también acerca de un componente valorativo o de apreciación”.

sola legitimar una responsabilidad penal *stricto sensu*⁴³⁵. Pero sí podrá ser computada como factor para efectuar el pronóstico de peligrosidad porque, por un lado, guarda relación con la probabilidad de delinquir y, por otro lado, es en un cierto sentido “reprochable”. Esto es, en la medida en que una “emoción peligrosa” (más técnicamente, una emoción que predisponga al delito) sea controlable por el autor, lo que no siempre sucederá, este deberá aceptar que sea valorada de cara a su prognosis criminal a los efectos de posibles y moderadas restricciones de derechos.

Por ello, un concepto de peligrosidad normativamente asumible (y que deja fuera de su definición, conscientemente, a sujetos que son, *de facto*, peligrosos) debería construirse con referencia a características respecto a las cuales se pudiera responsabilizar (siquiera en sentido débil) al sujeto. Así, un individuo podría ser considerado peligroso, a determinados efectos, cuando fuera suficientemente probable, que, a consecuencia de su particular disposición, cometiera hechos de especial gravedad. Como se puede apreciar, y como veíamos antes, no es este un concepto inmutable a las consecuencias, sino dependiente de ellas. No existiría, entonces, la peligrosidad en sí misma, sino la peligrosidad a específicos efectos.

Además, una postura como la que se está manteniendo aquí no tiene como única consecuencia, como señalábamos antes, respetar el principio de merecimiento de cara a la restricción de derechos, sino que, además, tiene un efecto operativo-conductual. Si un sujeto conoce que por características inmodificables (sexo, raza, edad, etc.) puede ser privado de derechos a diferencia de otros sujetos, podría fomentarse en él una actitud de “despreocupación ante sí mismo como fuente de peligro”. En cambio, si lo que se comunica al sujeto es que las circunstancias por las que se podrán restringir sus derechos dependen de su propia conducta, el mensaje es muy distinto. Se expresa más bien la idea de que la situación está “bajo su control” y de que puede decidir hacer algo al respecto, de manera que, mientras que la utilización de los factores objetivos fomenta la despreocupación del sujeto peligroso sobre su futuro fruto de una cierta sensación de

⁴³⁵ Vale la pena traer de nuevo a colación la opinión de GONZÁLEZ LAGIER, D., *Emociones, responsabilidad y derecho*, p. 149, cuando señala que “hacernos responsables penalmente por nuestras emociones, aunando en ocasiones esa condena al reproche por nuestras acciones, es algo que debe hacerse con precaución, para sortear el peligro de perfeccionismo moral”. Cuestión distinta será que a estas emociones le acompañen alguna clase de actos que, precisamente a la luz de tales emociones, adquieran un significado especialmente disvalioso; pensemos, por ejemplo, en los delitos de odio (art. 510 CP).

fatalismo, el empleo de factores subjetivos puede impulsar al sujeto a una constricción de su peligrosidad. Dicho de otra manera, la racionalidad del *homo oeconomicus* solo tiene sentido en situaciones en las que el sujeto tiene alguna elección. Si no hay elección, resulta absurdo apelar a la racionalidad del sujeto. Esto último, por cierto, se relaciona con algo que se tratará en próximos capítulos⁴³⁶. ¿Se puede decir que alguien está abocado al crimen y tratarlo a la vez como alguien racional (responsable)? ¿No es esto, al final, una suerte de presunción de que existen sujetos simultáneamente determinados (y peligrosos) y libres?

En relación con todo esto no se puede perder de vista que la peligrosidad criminal, en tanto que presupuesto, por ejemplo, de las medidas de seguridad, determina la duración de las mismas (con el límite máximo ya mencionado de la pena abstractamente aplicable). Ahora bien, si esto es así y al concepto de peligrosidad lo dotamos de un contenido que asuma la existencia de factores objetivos independientes de la voluntad del autor, como puede ser la ausencia de arraigo o una determinada nacionalidad, la duración de la medida no dependerá de la actitud del autor. Pero es que sucede, además, que el propio contenido de la medida de seguridad dependerá de los motivos que propicien la calificación de un sujeto como peligroso. Y, llegados a este punto, solo podemos preguntarnos qué contenido (más allá del exclusivamente inocuizador) puede tener una medida que se impone a alguien que es peligroso por, pongamos por caso, ser un joven varón extranjero y sin arraigo con antecedentes penales. ¿Cómo se podría reducir la peligrosidad de este individuo cuando todos los factores que la determinan son estáticos e inmutables?

Muchas veces se ha criticado de un concepto similar al que aquí se defiende su fuerte potencial estigmatizador y es innegable que tal riesgo se corre⁴³⁷. Y es difícilmente discutible también que resulta complicado conjurar tal riesgo. Sin embargo, a esta objeción quisiéramos replicar, por ahora, brevemente. Por un lado, ya ROXIN señaló que el campo de juego que el Derecho penal de autor podía tener en nuestros sistemas penales era precisamente el de las medidas de seguridad (especialmente vinculadas a la personalidad del autor y a la “peligrosidad criminal”)⁴³⁸. Por otro lado, como más adelante

⁴³⁶ Vid. infra, Capítulo IV, epígrafe V.

⁴³⁷ Se ha mostrado crítico, entre otros, con la tendencia a poner el acento en lo que la persona es frente a lo que la persona puede hacer MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, p. 5. De este modo, se pretende desplazar el foco desde la calificación de la persona a la evaluación de su situación. Se busca, así, evitar que el estatus de “peligroso” acompañe al sujeto allí adonde vaya, pues si cambian las circunstancias, tal sujeto no merecería ya dicha etiqueta.

⁴³⁸ ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner. Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C. H. Beck, Alemania, 2006, p. 189. Y es que, en definitiva, no bastará para deslegitimar la postura

se tratará de defender, la peligrosidad de un sujeto no puede fundamentar un incremento de la respuesta punitiva más allá de los límites del principio de culpabilidad frente al sujeto peligroso cuando este es además imputable⁴³⁹. En esta medida, la crítica de que la posición aquí adoptada posibilita un Derecho penal de autor carecería de relevancia; pues un Derecho penal de autor sin pena (adicional) no merece tal nombre (será un “Derecho de autor”, pero no un “Derecho penal”). Finalmente, y aunque las anteriores “defensas” no resultaran convincentes, lo cierto es que el potencial restrictivo que encierra la propuesta aquí defendida de conceptualizar la peligrosidad criminal en su sentido subjetivo debería bastar para que una ponderación de costes/beneficios avalara la preferencia por esta opción.

Además, lo cierto es que no está nada claro que el potencial estigmatizador resida solamente en el concepto de “sujeto peligroso” y no en el de “sujeto de alto riesgo delincucional”⁴⁴⁰. Sucede que con independencia de cuál sea el método que empleemos para efectuar pronósticos de conducta futura es bastante fácil incurrir en el riesgo de “profecía autocumplida”⁴⁴¹. Esto es, si el sujeto calificado como peligroso sabe que de él se espera un comportamiento antisocial grave, es posible que dicho conocimiento en lugar de disuadirlo del delito le atraiga hacia él⁴⁴². Algo que es más difícil

aquí propuesta aludir a la descalificante denominación de “Derecho penal de autor”, sino precisar porque tal forma de proceder no sería *en este concreto ámbito* asumible.

⁴³⁹ Vid. *infra*, Capítulo VI.

⁴⁴⁰ En esta línea parece apuntar también SANZ MORÁN, A. J., “La peligrosidad criminal. Problemas actuales”, en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Ed.): *Delincuentes peligrosos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 74, cuando habla del “efecto estigmatizador” que un pronóstico negativo puede comportar (sin distinguir la forma de elaboración de ese pronóstico). Aunque es cierto que, probablemente por los antecedentes histórico-legislativos de nuestro país, la vinculación entre la estigmatización y la “clase de sujetos” se antoja mucho más evidente. Así, por ejemplo, quien fuera Juez especial de Peligrosidad y Rehabilitación social, SABATER TOMÁS, A., *Peligrosidad social y delincuencia*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1972, pp. 67 y ss., defendió posturas como la de que “los gitanos son un grupo de población, que constituyen una raza especial, caracterizada por su aversión al trabajo, por no poder someterse al orden social y vivir principalmente del hurto, de la estafa, de la adivinación y otros hechos punibles”. U, otro ejemplo, que “el transvestismo es una anomalía al margen de la homosexualidad, que consiste en la necesidad imperiosa, por parte de ciertos sujetos varones, de llevar trajes de mujer, lavar, cocinar, coser, expresarse con ademanes femeninos, a pesar de lo cual no tienen tendencia hacia la homosexualidad”. En palabras del mencionado autor son estos ejemplos de “brotes antisociales, predelincuentes, inmorales y nocivos” para cuya prevención y corrección se promulgó la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 (p. 13).

⁴⁴¹ Sobre este tipo de riesgo alerta también SANZ MORÁN, A. J., “La peligrosidad criminal”, p. 74, que resume la argumentación cuando señala que “el afectado por un pronóstico negativo, influido por el mismo, tenderá a conducirse de acuerdo con lo pronosticado”. Vid. también, para este punto, ZEDNER, L., “Erring on the Side of Safety”, p. 226.

⁴⁴² Con especial sencillez (y desde una perspectiva más general) lo explica ERICSON, R. V., “Ten Uncertainties of Risk-Management Approaches to Security”, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 48, n.º 3, p. 349: “cuando la gente actúa con conocimiento del riesgo, cambia el riesgo en el curso de sus acciones”.

que suceda si se parte de un concepto de peligrosidad como el aquí defendido, pues el sujeto tendría en su mano, en todo momento, la posibilidad de cambiar la calificación que de él se hace.

Pese a todo lo dicho, el riesgo (o, más bien, su ausencia) puede jugar un papel relevante en la medición de cuál es la adecuada respuesta punitiva. Además, su función será eminentemente restrictiva. La idea que aquí se quiere transmitir es sencilla. La peligrosidad criminal de un sujeto podría justificar en algunos casos la adopción de determinadas restricciones de derechos. Sin embargo, tal restricción no podría sustraerse al ya clásico juicio de proporcionalidad que pondere la idoneidad de la restricción, la necesidad de la misma y su proporcionalidad en sentido estricto. Y ello no por una ocurrencia de quien esto escribe, sino por expreso mandato del Tribunal Constitucional⁴⁴³. Si alguien es subjetivamente peligroso, pero, pese a ello, no hay riesgo de que reincida (por factores externos a él) la restricción de derechos no sería necesaria. La intervención punitiva, en tanto último y más lesivo instrumento del sistema, debe quedar reservada para aquellos casos en los que no haya otro medio eficaz y menos lesivo para conseguir un fin legítimo. En el caso del sujeto peligroso que cuenta con importantes factores de protección frente al delito (como inserción laboral, contexto social favorable, integración familiar, arraigo, etc.) no parece necesario restringir sus derechos si estos últimos factores pesan más que la peligrosidad subjetiva de la que este es portador.

Se podría decir, entonces, que el concepto de riesgo no puede expandir el ámbito de la restricción de derechos (pues supone cargar el coste de un problema social en un individuo particular), pero sí puede reducirlo (porque en su ausencia decae la necesidad de protección). Ello sucede porque, aunque el sujeto fuera peligroso, la posibilidad de que este delinquiera sería ciertamente limitada y, en consecuencia, la restricción de sus derechos no se encontraría debidamente justificada. No sería, en definitiva, ni siquiera necesaria.

VI. Orientación de los próximos capítulos

Una vez establecidas las matizaciones necesarias al estado de la cuestión en materia de peligrosidad criminal y su previsión pasaremos a analizar en qué medida es lícito que

⁴⁴³ Como es bien sabido, el juicio de proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales por parte del legislador se compone, según consolidada doctrina constitucional, de esos tres niveles. Vid., por todas y por su carácter especialmente reciente, la STC 99/2019, de 18 de julio (en particular sus fundamentos jurídicos séptimo y siguientes).

nuestro ordenamiento penal acumule sanciones (en sentido amplio) sobre sujetos en quienes concurren simultáneamente dos características: ser peligrosos y ser responsables. Las notas esenciales, pues, de las páginas que siguen son dos: se prescindirá de analizar aquellos sectores del ordenamiento penal donde la peligrosidad criminal tiene relevancia, pero no supone un incremento cualitativo del rigor punitivo y se prescindirá de estudiar cómo debe ser analizada y valorada la peligrosidad de aquellos sujetos que merecen ser clasificados como inimputables. Lo primero, porque en principio cabría sostener que, en esos sectores, la licitud de la toma en consideración de la peligrosidad puede ser menos problemática dada la menor intensidad de la privación de derechos⁴⁴⁴. Lo segundo, porque la valoración de la peligrosidad criminal en sujetos a los que no se considera a la vez responsables plantea, por motivos distintos (ligados a las finalidades y fundamentos de estas restricciones) menos problemas. No hay, desde luego, una doble valoración de tales sujetos con distintos resultados, como sí la hay, en cambio, cuando hablamos de imputables peligrosos (en quienes se valoran dos características distintas de forma complementaria para acumular reacciones jurídicas).

Los próximos capítulos se centrarán, por tanto, en el establecimiento de qué significa ser responsable y de cómo se puede (si es que es posible) encajar responsabilidad y peligrosidad de cara a articular una reacción jurídica combinada y, por otra parte, en analizar en qué medida es lícito el “complemento habitual” a la pena para el imputable peligroso en tales supuestos: las medidas de seguridad postpena. En consecuencia, se pasarán por alto de forma deliberada multitud de cuestiones fuertemente emparentadas con la peligrosidad del imputable peligroso, pero que no revisten, en principio, una intensidad equiparable. Abordar estas cuestiones supondría realizar un trabajo con vocación de tratado que excedería con mucho las pretensiones de este estudio.

VII. Conclusiones parciales

A lo largo de este capítulo se ha tratado de poner de relieve una idea fundamental: en la predicción de la peligrosidad criminal no es el nivel de acierto lo único que importa. Anudar consecuencias jurídicas a pronósticos de peligrosidad implica tomar decisiones de distribución de costes en el ya tema jurídico de nuestros tiempos: el conflicto seguridad/libertad. Esconder este conflicto bajo un ropaje técnico supone un burdo intento

⁴⁴⁴ Vid., a este respecto, MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, pp. 59 y ss.

de sustraer al debate social (normativo) las decisiones acerca de cómo queremos configurar nuestra sociedad y de qué riesgos estamos dispuestos a asumir en aras de una mayor libertad. La toma de esta decisión, bien es cierto, no puede mantenerse al margen ni de los datos que se encuentran en la realidad (y que con tanta profundidad se han estudiado en el ámbito de las ciencias del comportamiento) ni de los límites deontológicos que cualquier distribución de costes debe respetar.

Hay, en definitiva, cosas más importantes que conocer la verdad. Una de ellas es saber qué queremos hacer con esta. La información, en tanto que “dato bruto”, no proporciona justificación para nuestras decisiones, proporciona simplemente un presupuesto, pues es sobre la realidad sobre lo que quiere actuar, e incidir, el Derecho. Ahora bien, es necesario procesar éticamente esta información para tratar de articular respuestas jurídicas no sólo técnicamente viables, sino también admisibles en el marco de un Estado de libertades. Este tipo de restricciones éticas a los pronósticos de peligrosidad (o, más precisamente, a qué se puede hacer con ellos) no deben ser pasadas por alto, como parece que ocurre en la discusión dominante, en la que el debate se centra en cómo mejorar el acierto. Es necesario adoptar, entonces, un enfoque normativo. Ahora bien, no debemos dejarnos llevar por un “normativismo ciego”⁴⁴⁵. Tan incorrecto como pretender sustraer al debate moral una realidad por medio de un análisis exclusivamente empírico es sustraerlo a la discusión científica por consideraciones cuasi-teológicas o metafísicas.

El peligro es un concepto normativo en muchas de sus aristas (riesgo para qué, cuánto riesgo, a qué efectos, etc.). La respuesta, por tanto, a cuál puede ser su ámbito de aplicación depende de multitud de circunstancias y no puede ser rotunda. Esta requiere un estudio pormenorizado de cada institución en que se encuentra presente. Los próximos capítulos se centrarán, precisamente por ello, únicamente en uno de los pocos puntos en donde buena parte de la doctrina parece coincidir en que sí puede serlo: la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables peligrosos.

⁴⁴⁵ Así lo señalan ORTEGA ESCOBAR, J., ALCÁZAR CÓRCOLES, M. A., PUENTE RODRÍGUEZ, L. y PEÑARANDA RAMOS, E., “Psychopathy: Legal and neuroscientific aspects”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 27, n.º 1, 2017, p. 63.

CAPÍTULO III: El proceso de atribución de la imputabilidad

I. Delimitación del objeto de estudio

El fenómeno de la atribución de responsabilidad no es precisamente un campo abandonado en el Derecho penal, como tampoco lo es, en concreto, el del análisis de la imputabilidad. Todo lo contrario: son muchos los trabajos publicados que han abordado este objeto de estudio desde las más diversas perspectivas; algo que, por un lado, facilita el cómodo transitar por la materia y, por otro, dificulta el descubrimiento de cuestiones o planteamientos genuinamente originales. Ello obliga a acotar, al menos parcialmente, el ámbito de estudio tratado en esta investigación.

El objeto esencial de las próximas páginas es el de establecer cómo opera en el plano práctico la atribución de una capacidad individual (independiente, en principio, del contexto) para ser responsable. Se tratará, en definitiva, de dar una visión del funcionamiento fáctico, social y jurídico de la atribución de dicha cualidad. Ello, por supuesto, no implicará prescindir de valoraciones normativas y restricciones axiológicas acerca de cómo debe operar y ya no simplemente sobre de qué forma lo hace. Pese a ello no se abordará, al menos no al hilo de la exposición principal, la cuestión del fundamento material de la culpabilidad; esto es, cómo podemos legítimamente fundamentar un juicio de culpabilidad (con o sin reproche, en atención a las distintas construcciones ofrecidas por la dogmática)⁴⁴⁶. Ello no se hará, esencialmente, porque consideramos que es esta una de las cuestiones más y mejor tratadas desde la perspectiva académica (especialmente española y alemana; y por ese orden)⁴⁴⁷. Pero otro motivo para excluirlo del ámbito de estudio que aquí se ofrece es que la fundamentación material del juicio de culpabilidad

⁴⁴⁶ De forma algo más precisa, quizás quepa decir, siguiendo a DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 102, que “[a]l concepto material de culpabilidad le interesa ir más allá de la mera exigencia formal de culpabilidad y se cuestiona el fundamento material de ésta, intentando responder a la pregunta de por qué el Estado puede imponer una pena a determinadas personas calificadas como culpables”. En este punto, conviene reconocer, sin embargo, con STRENG, F., “Schuld ohne Freiheit?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 101, 1989, p. 273, que “tan amplio como el consenso de que el principio de culpabilidad, en tanto que emanación de los principios del Estado de Derecho, representa una piedra angular del sistema de Derecho penal lo es el disenso acerca del fundamento de este principio, en especial en lo que respecta a la idea de culpabilidad”. En un sentido similar se pronuncia SCHMIDHÄUSER, E., “Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: die unrechtlige Tatgesinnung”, en VOGLER, T., HERRMANN, J., KRÜPELMANN, J., MOOS, R., TRIFFTERER, O., LEIBINGER, R., SCHAFFMEISTER, D., MEYER, J. y HÜNE, P. (Eds.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 486.

⁴⁴⁷ Para algo más de detalle, vid. infra, Capítulo IV, epígrafe VII.

(o específicamente de imputabilidad) no resultaría, en contra de lo que pudiera parecer a primera vista y por los motivos que se irán desgranando en las siguientes páginas, decisiva en relación con la pregunta que motiva todo este trabajo: ¿qué podemos legítimamente hacer frente a sujetos imputables y peligrosos?

Se dejará de lado también otro de los temas bien tratados de forma general por parte de la dogmática penal: el desarrollo y evolución del concepto de culpabilidad; o, dicho de otra forma, el progresivo proceso de normativización de la culpabilidad. El motivo de la renuncia al análisis de esta cuestión obedece, aquí sí exclusivamente, a que esta se encuentra perfectamente descrita en obras que abordan de forma exclusiva (o muy detallada) esta cuestión⁴⁴⁸. Así las cosas, una descripción somera del proceso de desarrollo del contenido y fundamento de la culpabilidad en el último siglo y medio no aportaría más información de la que ya se encuentra disponible en otros muchos lugares. Baste con describirlo ahora en términos metafóricos como un proceso en el que el inimputable deja de ser concebido como un “sordo” que no puede, por falta de capacidad, atender a la norma, para ser entendido, en las concepciones más extremas, como un “mudo” que no puede emitir mensajes fácilmente interpretables por el resto de la sociedad⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Resulta ineludible en este punto, dentro de la bibliografía española, el trabajo de PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, en el que se desarrolla un muy convincente análisis del desarrollo de la culpabilidad en Alemania (pp. 73 y ss.) y España (pp. 87 y ss.). Un pormenorizado análisis de los primeros orígenes de la imputabilidad como categoría autónoma dentro de la ciencia penal española se puede consultar en GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *La imputabilidad en el Derecho Penal español. Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Comares, Granada, 1994, passim. Una más breve, pero también interesante, explicación se puede encontrar en URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2004, pp. 7 y ss. Con una perspectiva marcadamente crítica con el “análisis oficial”, vid. MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2002, passim. Sirva como muestra de su heterodoxia (e interés) su afirmación de que “[l]a aparición y evolución de concepciones normativas de la culpabilidad como elemento del delito es más compleja de lo que su exposición tradicional permite suponer. Ni existe, como tal, una sola concepción normativa de la culpabilidad, ni las concepciones normativas se centran, necesariamente, en el reconocimiento de la no exigibilidad —con una función más o menos amplia— como núcleo de la culpabilidad. La aparición de la culpabilidad como concepto normativo en el delito, frente a la comprensión ‘psicológica’ de la misma, va unida, desde un punto de vista histórico, a la relevancia otorgada a la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, bien en el dolo, bien con independencia del mismo” (p. 597). Por su parte, en el ámbito alemán se ha impuesto sin ninguna duda como obra de referencia el trabajo de ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Schweitzer, Berlín, 1974, pp. 19 y ss.

⁴⁴⁹ Quizás se podría trazar algún paralelismo entre esta forma de concebir la evolución de la culpabilidad en la dogmática penal y las dos direcciones en las que la culpabilidad puede ser contemplada. Acerca de esto último resultan de sumo interés las consideraciones de SCHMIDHÄUSER,

Se antojan necesarias algunas palabras más de justificación del enfoque aquí empleado. Lo que se pretende ofrecer en las siguientes páginas es, junto con alguna otra cuestión accesoria, una descripción de cómo inevitablemente opera la adscripción (o reconocimiento, en este punto poco importa todavía esta distinción) de imputabilidad. Únicamente dentro del marco de lo posible es dado hablar de lo debido. Sin embargo, una de las tesis centrales que se pondrá de manifiesto en las siguientes páginas (y cuyo anticipo consideramos necesario para una más sencilla comprensión del texto) es la de que la imputabilidad, desde su mismo origen, se encuentra sostenida sobre juicios de valor y decisiones normativas. Dicho claramente, lo fáctico y lo normativo, el ser y el deber ser, se entremezclan en el plano subyacente de la imputabilidad y, una vez que esta se halla debidamente configurada, cabe realizar una nueva aportación de criterios normativos a su delimitación y contenido.

Adicionalmente, a la hora de abordar la cuestión de la imputabilidad penal parece ineludible dedicar al menos unas pocas palabras más para justificar la concreta perspectiva adoptada y la selección de temas tratados, pues lo cierto es que, como decíamos, son muchos y muy diversos los puntos de partida que ha asumido la doctrina a la hora de analizar esta cuestión. En lo que sigue, el enfoque empleado será el más tradicional y extendido de todos: el análisis de la imputabilidad como presupuesto o elemento de la categoría dogmática “culpabilidad”.

Aunque se discute sobre si tiene que ser una cosa o la otra, lo cierto es que, para el análisis que se efectuará en las próximas páginas, la cuestión resulta irrelevante⁴⁵⁰. Sus

E., “Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts”, pp. 488, cuando señaló que existen dos vías para analizar la culpabilidad. Una primera que iría del injusto a la culpabilidad y una segunda que recorrería el camino inverso, desde la culpabilidad al injusto. Mientras que la primera se preocuparía en hallar las condiciones en las que el delito (ya cometido) podría haber sido evitado, la segunda se preguntaría, por el contrario, acerca de cuáles son las condiciones que debe reunir el sujeto para cometerlo de forma responsable. Quizás quepa entender en este mismo sentido a PÉREZ DEL VALLE, C., “*Imputabilitas* y teoría de la imputación”, *InDret*, n.º 2, 2015, p. 18, cuando señala que, en lo relativo a la imputabilidad, “hay una clara separación entre la fundamentación y la exclusión”. La primera dirección, y esto ya no lo dice el autor alemán, pero creemos que se desprende sin problemas de lo que este defiende, se centraría en las condiciones negativas de la culpabilidad (“no se responde del hecho cuando...”), mientras que la segunda dirección apuntaría a las condiciones constitutivas (“sí se responde del hecho cuando...”). Quizás la imagen del “inimputable como sordo” podría encajar bien en la primera de las vías y la del “inimputable como mudo” en la segunda de ellas, dado que la sordera hace referencia a una capacidad pasiva (receptiva), mientras que la mudez alude a una capacidad activa. Con todo, de que dicho paralelismo sea, o no, viable, no depende en ningún modo la validez del modelo de evolución de la categoría descrito en el cuerpo del texto.

⁴⁵⁰ En todo caso, vid., sobre esta discusión, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 77 y ss.

implicaciones prácticas, en todo caso, pueden llegar a ser de suma relevancia. Así, de forma clara, si se concibe la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad (como una suerte de *prius* lógico), se veda la posibilidad de que al inimputable le puedan ser de aplicación aquellas otras causas que podrían llegar a excluir la culpabilidad (pensemos ahora, por ejemplo, en el error de prohibición o en el miedo insuperable). Carecería el inimputable, en este caso, del presupuesto básico que abriría la puerta a analizar estos elementos de la culpabilidad. La decisión al respecto no es ni mucho menos sencilla. Algunos autores han puesto de relieve cómo esto podría suponer una suerte de “agravio comparativo” o “trato injusto para los inimputables”⁴⁵¹. En todo caso, la cuestión no se soluciona por la mera invocación del tratamiento diferenciado del imputable y el inimputable en estos supuestos. La pregunta relevante es si este tratamiento está justificado o resulta, por el contrario, ilógico⁴⁵². Nada de malo hay en tratar de manera diferente determinadas situaciones cuando ello puede resultar razonable. Es, entonces, esto último lo que resulta verdaderamente trascendente.

Lo cierto es que, en nuestra opinión, este problema no se encuentra del todo bien enfocado por parte de la doctrina que se ha ocupado del tema. No se trata, como con frecuencia se

⁴⁵¹ Vid., en este sentido, URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, p. 62; MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 415 y ss.; y QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 128). MAURACH, R. y ZIPF, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pp. 436 y ss., desarrollan, por su parte, una categoría de la culpabilidad estratificada en dos niveles, responsabilidad por el hecho y culpabilidad, para tratar de dar una respuesta dogmática a este problema al exigir la satisfacción del primer nivel, en el que no se discutiría todavía sobre la imputabilidad del sujeto, pero sí sobre otras causas de exculpación, para considerar procedente la imposición de la medida de seguridad (vid. también MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbütteler, Hannover, 1948, pp. 37 y ss.). ¿Por qué, se preguntan quienes mantienen esta clase de posturas, no podría actuar el inimputable en estado de necesidad exculpante o en miedo insuperable? ¿No es posible que un inimputable incurra, además, en un error de prohibición?

⁴⁵² En Alemania se ha prestado alguna atención, por ejemplo, a cómo combinar la inimputabilidad y el error de prohibición, algo que, con nuestro Código penal en la mano (y, por cierto, también con el suyo) no resulta sencillo por el, al menos aparente, solapamiento de los requisitos de los preceptos que contemplan la regulación de tales situaciones. Así, el art. 14.3 CP habla del error de prohibición cuando existe una equivocación acerca de la “ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”; el art. 20.1^a CP, por su parte, al regular la inimputabilidad por anomalías o alteraciones psíquicas, excluye la responsabilidad de quien “no pueda comprender la ilicitud del hecho”. Y es que, como apunta para el ordenamiento alemán CASTILLO ARA, A., *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2019, p. 4, que la existencia de una delimitación legal entre inimputabilidad y error de prohibición sea clara no impide que la doctrina y parte de la jurisprudencia pongan de manifiesto la estrecha vinculación existente entre ambos institutos jurídicos ¿Son el conocimiento de la “ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal” y la comprensión de la “ilicitud del hecho” algo verdaderamente diferente? Vid., sobre esta discusión en el ordenamiento alemán, FRISTER, H., *Concepto de culpabilidad*, pp. 31 y ss., que se ve forzado a desligarse del tenor literal del § 20 del StGB (inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica) para compatibilizar su interpretación con el § 17 (error de prohibición).

hace, de buscar un ámbito propio de aplicación para cada una de las distintas circunstancias, aunque sea esa la inercia natural del jurista. Se debe, por el contrario, reconocer la efectiva concurrencia que se puede llegar a dar entre las distintas causas de exclusión de la culpabilidad y suministrar razones convincentes para resolver tal concurrencia⁴⁵³.

En este sentido, en relación con las posibles conexiones entre inimputabilidad y error, MARTÍNEZ GARAY ha propuesto como criterio de resolución el de “no hacer de peor condición a quien sufre el trastorno mental que a quien no lo padece”; conclusión que deriva del fundamento que le atribuye a la (in)imputabilidad de “igualdad como trato desigual a los desiguales”⁴⁵⁴. Ahora bien, “cuando pueda establecerse, mediante la oportuna pericia, que hubo alteración de la estructura de estos procesos [aquellos procesos mentales precisos para comprobar la imputabilidad de un agente] (...), será la inimputabilidad la exigente a aplicar, con independencia de que esa alteración haya producido un desconocimiento de la norma o del suceso, o dificultado un comportamiento acorde a las circunstancias. Es decir, debe considerarse que los errores o miedos condicionados o patológicos no son propiamente errores ni miedos, sino supuestos de inimputabilidad, porque es el presupuesto de hecho de esta última el que ha tenido lugar”⁴⁵⁵. Tenemos para nosotros que dicha postura requiere de algún desarrollo adicional para compadecerse bien con la regulación positiva de nuestro ordenamiento y con una orientación político-criminalmente adecuada de nuestro sistema penal. En particular, creemos en relación con el error de prohibición que, en nuestro ordenamiento, este constituye una amplia causa de exclusión de la pena, dentro de la cual se encuentra, a modo de círculos concéntricos, la inimputabilidad en su vertiente, al menos, de déficit cognitivo (art. 20.1^a CP), que alberga a su vez, en su interior, las causas de inimputabilidad contempladas en los arts. 20.2^a y 20.3^a CP; de tal modo que entre estos tres niveles existe sencillamente una relación de especialidad. Si desaparecieran las circunstancias segunda y tercera del art. 20 CP los supuestos que ahora se encuentran comprendidos por ellas tendrían cabida en el art. 20.1^a CP, de igual modo que, si este desapareciera, los déficits cognitivos serían fácilmente reconducibles a un error de prohibición. La razón de ser de la diferenciación de la inimputabilidad en todos estos preceptos no responde a

⁴⁵³ Nos encontramos, pues, ante una tensión parecida a la que tiene lugar en la sede de discusión sobre el concurso de normas y su naturaleza real o meramente aparente. En definitiva, se trata de establecer si efectivamente dos normas comparten (siquiera parcialmente) un mismo ámbito de aplicación o si, por el contrario, una delimita el ámbito de aplicación de otra. Vid., sobre esta discusión y sobre los razonables motivos por los que defender la tesis del efectivo solapamiento, PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 45 y ss. y pp. 51 y ss.

⁴⁵⁴ MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 417.

⁴⁵⁵ *Ibíd.*, p. 416. Profundiza la autora citada en esta idea en MARTÍNEZ GARAY, L., “Imputabilidad y elementos del delito”, en PANTOJA GARCÍA, F. y BUENO ARÚS, F. (Dirs.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 124.

los diferentes efectos de las situaciones en ellos contemplados sobre el sujeto, sino al distinto origen del que traen causa. Por ello, nuestro Código penal prevé diversas consecuencias jurídicas para todos estos casos (dirigidas a paliar las causas de los diferentes déficits cognitivos)⁴⁵⁶. Problemática distinta, aunque relacionada, es la de cómo articular adecuadamente las relaciones entre el trastorno mental transitorio y el miedo insuperable. Sin embargo, no entraremos ahora en ella, pues nos llevaría demasiado lejos⁴⁵⁷.

En todo caso, no nos detendremos más en estas cuestiones y tampoco en aquellas otras perspectivas de análisis de la imputabilidad que, aunque cuentan con un importantísimo

⁴⁵⁶ Cuestión distinta (y extremadamente compleja) es la de cómo encajaría en este esquema la eventual confluencia entre el error de prohibición y la semiimputabilidad, pues, si, como parece, la semiimputabilidad no exigiera la existencia de un error sobre la licitud del hecho, sino solo una seria dificultad para percibirla, tal relación de absorción se vería puesta en entredicho. Vid., sobre esta problemática, LLABRÉS FUSTER, A. y MARTÍNEZ GARAY, L., “‘Exigencias’ dogmáticas y tenor literal de la ley: el caso de la imputabilidad disminuida en el código penal alemán”, en VIVES ANTÓN, T. S., CUERDA ARNAU, M. L. y GÓRRIZ ROYO, E. (Eds.): *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 104-111. En todo caso, siguiendo con la utilización gráfica de los círculos, bastaría, creemos, con imaginar la relación entre semiimputabilidad y error de prohibición como dos círculos secantes (que se superponen en algún grado no completo) de manera que no todo semiimputable actuaría en error de prohibición, pero el error de prohibición del semiimputable sería una sub-especie más del error de prohibición. En este sentido, como parecen sugerir los autores últimamente citados, quizás resultase más compaginable con una visión del corte de la que aquí se ofrece una concepción de la semiimputabilidad como imputabilidad junto a condiciones de menor exigibilidad.

⁴⁵⁷ En los últimos tiempos han surgido propuestas como las de VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000, que, partiendo de que la interpretación tradicional de esta última eximente genera un “problema de compatibilidad” que relegaría al miedo insuperable al estatus de una “eximente superflua”, trata de buscar una fundamentación alternativa para ella (p. 48); fundamento que, de manera muy sugerente, terminará por ubicar en “la preferencia legítima por los propios intereses”. De modo que “[l]a acción llevada a cabo por miedo insuperable queda exenta de pena, no porque se inevitable (física o psicológicamente) que una persona prefiera sus intereses y los de sus seres queridos sobre los de los demás, sino porque por lo menos en algunas ocasiones tal preferencia no es digna de castigo. Las relaciones íntimas están definidas, en último término, por una intensa parcialidad, y no podemos al mismo tiempo afirmar la validez de tales relaciones y condenar a alguien por miedos que revelan que valora su bienestar y el de sus allegados más que el de los extraños. Hay ocasiones, pues, en las que la preferencia por los propios intereses es legítima, y la eximente de miedo insuperable pretende cobijar estos casos” (p. 380). Dejando al lado ahora la cuestión, no menor, de la compatibilidad de esta interpretación con el tenor literal del precepto, es posible, aunque nos mostramos ahora más dubitativos, que “el problema de compatibilidad” sea, de nuevo, más aparente que real. Cabría interpretar la eximente de miedo insuperable de forma tradicional (esto es, solapándola en sus efectos sobre quien la padece con el trastorno mental transitorio) entendiendo que la causa de esta es una que no merece por parte del ordenamiento jurídico la respuesta de la imposición de una medida de seguridad. De nuevo aquí, como pasaba entre el error de prohibición y la inimputabilidad (cognitiva) la diferencia no residiría en sus efectos sobre el concreto sujeto, sino en sus específicas causas. El distinto tratamiento jurídico a uno y otro supuesto residiría en tal diferencia.

valor científico y analítico, gozan también de una menor difusión y aceptación⁴⁵⁸. Pensamos ahora especialmente en el análisis de la figura del destinatario de la norma (cuando se analiza esta cuestión desde la “teoría de normas”) o en el análisis de los requisitos y condiciones filosóficas de la imputación de acciones y resultados a conductas humanas (cuando el estudio parte de la “doctrina de la imputación”).

Con todo, el desplazar estos planteamientos del centro del debate de las próximas páginas no obedece solo al carácter minoritario de estos. Las mayorías o minorías, en el ámbito de la discusión académica (“científica”, si se quiere), no suelen ser más que un indicio, que puede ser perfectamente desmentido, de la corrección de un postulado. El motivo de fondo, que aquí solo puede ser apuntado, no es otro que la convicción metodológica de que el Derecho penal no se debe construir sobre conceptos pretendidamente lógicos u ontológicos como los de “acción” o “norma” tal y como son entendidos en algunas de estas teorías. Las construcciones teóricas que se construyen desde estos puntos dan lugar a sistemas, aunque bellos y atractivos, excesivamente cerrados y, sobre todo, no necesariamente funcionales⁴⁵⁹. Creemos, por el contrario, que el Derecho, como creación

⁴⁵⁸ Vid., para una enumeración casi completa de las distintas formas de ubicar sistemáticamente la imputabilidad, FRÍAS CABALLERO, J., *Imputabilidad penal*, Ediar, Buenos Aires, 1981, pp. 17 y ss. (en especial, p. 22).

⁴⁵⁹ De hecho, no deja de resultar llamativo que tanto las tendencias reconducibles a la articulación del concepto de culpabilidad desde la teoría de normas (y el concepto de su destinatario) como aquellas que se centran en la doctrina de la imputación terminen por ofrecer una teoría jurídica del delito menos manejable y operativa. De esto, de algún modo, ya alertaba ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen*, cuando al hablar de las corrientes hegelianas señalaba que en ellas la teoría de la acción absorbía toda la teoría de la imputación sin dejar espacio alguno para el concepto de culpabilidad (p. 20) o cuando señalaba que planteamientos como los de BINDING daban lugar a comprender el delito como una “unidad compleja” que equiparaba “contrariedad a la norma” con “contrariedad culpable a la norma” (p. 28). Desde luego, se podría alegar que la falta de operatividad de estas concepciones no es un rasgo intrínseco de ellas y que obedece más bien al desconocimiento que los operadores jurídicos y buena parte de la doctrina tienen (o tenemos) de ellas. Esto seguramente es cierto, pero no es el único motivo por el que no salen mejor paradas de una comparación con la teoría jurídica del delito más extendida. La teoría del delito debe ofrecer un marco propicio para, de conformidad con los valores constitucionalmente plasmados, discriminar unos casos de otros y ofrecer a cada supuesto el tratamiento jurídico que merece. En la teoría jurídica del delito dominante no hay categorías superfluas para suministrar un tratamiento jurídico a distintas cuestiones relevantes como la intervención de terceros en la comisión de un delito en distinto grado, el hecho lesivo no culpablemente cometido, el hecho justificado, el error del sujeto que comete el delito, etc. Otras vertientes de la teoría jurídica del delito cargan en exceso alguno de los elementos con los que tradicionalmente operamos (en especial: la acción o el injusto), de manera que en lugar de diferenciar en distintos niveles los también diferentes casos todo termina por (con)fundirse en una misma categoría, pues acaban por prescindir de otras que pueden prestar cierto rendimiento a estos efectos. Probablemente, tanto los partidarios de construir la teoría jurídica del delito desde la teoría de normas como los partidarios de hacerlo desde la doctrina de la imputación ofrezcan una mejor *definición de lo que es el delito* que la que suministra la doctrina mayoritaria. Sin embargo, el propósito de la teoría jurídica del delito no es describir, sino *prescribir*. A la hora de explicar cómo las cosas *deben ser*

humana, ha de ir dirigido primordialmente a la satisfacción de las necesidades también humanas: a la resolución de problemas prácticos. El análisis de la norma y de la acción y los derivados sistemáticos que de ellos se extraigan podrán, a lo sumo, marcar límites tras los cuales la construcción humana sería irracional y, por tanto, repudiable. Partir de los límites (lógicos) de un sistema para explicar sus fundamentos (teóricos) no nos parece la opción más prometedora. Por el contrario, apostamos más bien por construir el sistema penal y sus categorías en atención a lo que se necesita (la prevención general) y el medio más directo que se emplea para ello (la pena). Si luego los resultados prácticos fruto de esta construcción no chocan con los límites lógicos derivados de la teoría de la acción o de la norma, el rendimiento será exitoso. Si, en cambio, una construcción elaborada en atención a la función del sistema no resulta compatible con esta clase de exigencias, será necesario reformularla para que lo sea. El resultado no será el mismo. Defendemos, en suma, no tomar en cuenta las teorías de la acción y de la norma (y sus derivados) como puntos de partida de la construcción jurídica, aunque le reconocemos su función de límites a ella.

Creemos, en definitiva, que le asiste la razón a FRISCH cuando defiende que “[l]a teoría de la pena y el concepto de delito constituyen una unidad: el concepto de delito y sus presupuestos conceptuales deben estar configurados de un modo tal que aquellos legitimen la imposición de la pena. Esto únicamente es posible cuando tales presupuestos conceptuales del delito están configurados en atención al concepto de pena, esto es, cuando el principio rector de la imposición de la pena está también detrás del diseño de los presupuestos del delito. Por el contrario, no es adecuado extraer los requisitos del hecho punible de una fuente distinta al principio del que se sigue la imposición de la pena”⁴⁶⁰. De manera complementaria, aunque desde otra perspectiva, ha señalado PEÑARANDA RAMOS que, fruto de un entendimiento, en ocasiones, demasiado simplificador de lo que las normas representan en el Derecho penal, “se pierde de vista un aspecto esencial del problema: que el delito no es sólo una conducta a la que por su propio interés tiende quien lo comete, sino también y ante todo un

tratadas la forma en que las cosas *son* solo opera como límite, no como razón de desarrollo. Así, resultan brillantemente ilustrativas las palabras de NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, pp. 91, cuando al hilo de su discusión con los planteamientos de WELZEL (criticando que “del hecho de que toda acción sea inherentemente intencional, infier[a] que para determinar si la acción es o no antijurídica deb[a] tomarse en cuenta la intención del agente”, p. 90), sostiene que “[a]unque se admita, por ejemplo, que una obra pictórica hace, necesariamente, cierto uso del color, esto no significa que no se pueda abstraer este aspecto y juzgar, pongamos por caso, el empleo que ella hace de las formas geométricas. No parece, pues, haber ningún inconveniente lógico en valorar una cierta acción, para determinados fines, tomando sólo en cuenta sus aspectos ‘externos’, aun cuando se acepte que toda acción es necesariamente intencional”. No parece difícil extender dichas palabras al debate que ahora nos ocupaba.

⁴⁶⁰ FRISCH, W., “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, *InDret*, n.º 3, 2014, p. 21.

comportamiento que lesiona intereses, bienes o derechos de otros y, en definitiva, al conjunto de la sociedad”⁴⁶¹. De este modo, en la “ecuación” que es la teoría del delito aparece una nueva variable (el tercero/la sociedad), que es tradicionalmente obviada.

Aunque no serán, como decimos, esos los puntos de salida del análisis que sigue en las próximas páginas, muchas de las consideraciones y planteamientos que se efectuarán serán en muy buena medida extrapolables a estas dos doctrinas. Es necesario reconocer, en todo caso, que los dos planteamientos citados parecen menos permeables a las orientaciones normativas o sociológicas que últimamente abundan en (e inundan) la dogmática jurídico-penal. Ello porque los postulados fundamentales de ambas doctrinas parecen ser desprendimientos lógicos de la “naturaleza” de la norma (curioso concepto) en el primer caso, o de la “naturaleza” de la lógica o de la acción en el segundo. Sin embargo, parece que esta aparente y parcial impermeabilidad a consideraciones valorativas no es del todo cierta y que esa impresión se transmite simplemente porque los momentos históricos en los que estuvieron más en boga (con BINDING en el primer caso y, aun antes, con PUFENDORF en el segundo) fueron evidentemente previos a la invasión del normativismo (o de las restricciones y ampliaciones fundadas en asideros axiológicos) en la teoría jurídica del delito. En ambos casos, una correcta comprensión de la naturaleza social del Derecho podría y debería llevar a una reformulación de dichos planteamientos que diera cabida a tales cuestiones.

Por ello, como decíamos, gran parte de las consideraciones que se desarrollarán más adelante podrían tener cabida también en estas perspectivas del análisis. En el caso de la teoría de normas, por ejemplo, si bien es cierto que analizar la imputabilidad como la “condición de destinatario de la norma” (e indirectamente también de la propia “antinormatividad”) tiene algunas muy importantes (y creemos que perniciosas)

⁴⁶¹ PEÑARANDA RAMOS, E., *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, p. 414. Este pasaje está extraído de un argumento esgrimido frente a concepciones preventivo-generales negativas de la pena, pero creemos que puede ser de aplicación también en este contexto. Al fin y al cabo, una prevención de corte intimidatorio analiza las condiciones en las que el sujeto destinatario de la pena puede ser influido por ellas, mientras que, de modo paralelo, quienes sustentan la teoría del delito en la teoría de las normas estudian generalmente los requisitos que han de darse en el destinatario de la norma para que esta incida de manera efectiva sobre él. Frente a ello, lo cierto es que los destinatarios de las normas no son solo aquellos en cuyo comportamiento se quiere influir de modo inmediato. Es preciso partir de que “las normas no se dirigen solamente a sus potenciales infractores como tales, sino también a los posibles afectados por esa conducta y, más en general, a todos los que en una determinada situación tratan de orientarse acerca del comportamiento que han de adoptar y que pueden esperar de los demás” (p. 434).

repercusiones intrasistemáticas (especialmente, en relación con el concepto de injusto), no lo es menos que tiene sentido preguntarse a quién considera el ordenamiento jurídico (y la sociedad) un correcto destinatario de la norma⁴⁶². Y, salvo que partamos de una concepción muy cerrada y estricta sobre la naturaleza de las normas, parece que pueden tener acogida consideraciones de carácter normativo para dar respuesta a este interrogante, y que la respuesta no es independiente de contextos históricos y culturales; por lo que el análisis del concepto de imputabilidad tiene también su espacio en este otro planteamiento dogmático⁴⁶³. En definitiva, sería perfectamente posible admitir que “frente al inimputable no hay una expectativa de comportamiento motivado por el imperativo penal, luego, la amenaza de pena ante una conducta prohibida o mandada ni

⁴⁶² En relación con la primera de las cuestiones planteadas, cabe convenir con MARTÍNEZ GARAY, L., “Imputabilidad y elementos del delito”, p. 98, que “la cuestión de si la anormalidad mental condiciona la propia existencia del delito, como primer presupuesto para la infracción de la norma (lo que se conoce como el problema del destinatario), estuvo desde los albores de la moderna dogmática jurídico-penal en el centro de las discusiones en torno al concepto de antijuridicidad, y fue un argumento importante en el debate entre concepciones preferentemente objetivas y preferentemente subjetivas del delito”.

⁴⁶³ Aunque generalmente parte de la doctrina parece entender que es este un concepto poco menos que ontológico (sujeto con una serie de capacidades de comprensión del contenido normativo y de adecuación de la propia conducta) no es posible prescindir de, al menos, dos consideraciones de carácter valorativo en la configuración de tal “destinatario”. Por un lado, y como veremos con más detalle más adelante, no resulta en absoluto claro qué son tales capacidades cognitivas y volitivas ni qué deben comprender. Ni la naturaleza, ni la teoría de las normas darán respuesta a estas preguntas y será preciso construir normativamente el concepto de “destinatario”. Por otro lado, aun suponiendo que existiera algo así como unas “capacidades básicas de comprensión de la norma” de ello no se desprende que las mismas tuvieran que dirigirse a todos y cada uno de los sujetos que pueden ser destinatarios de la norma y que no pudiera lícitamente ser más “exigente” y no contentarse con unas capacidades “básicas”, sino demandar unas posibilidades de acceso a ella “reforzadas”. Que un sujeto pueda comprender una norma no lo convierte de manera automática en destinatario de la misma. En definitiva, la norma (en realidad, su emisor, el legislador) puede decidir a quien se dirige de entre aquellos a los que presupone una serie de capacidades mínimas (previamente seleccionadas). Esta decisión se encuentra solo muy indirectamente condicionada por el concepto de norma que se tenga. Tiene razón entonces, en este contexto, CUERDA ARNAU, M. L., “La función de la dogmática: (una crítica desde la concepción significativa de la acción)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, p. 488, cuando señala que uno de los problemas de la dogmática actual es “la vanidosa pretensión de que nuestros conceptos y nuestras ingeniosas construcciones pueden limitar al legislador. Sin embargo, resulta obvio que ni las sistemáticas, ni las estructuras objetivas, en caso de que existiese tal cosa, se pueden imponer a aquél. Los límites sólo nacen de los principios y garantías constitucionales, que condensan derechos básicos de convivencia en libertad”. De este modo, se podría estar de acuerdo con REYES ECHANDÍA, A., *Imputabilidad*, 5ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 14, cuando señala que “no se puede afirmar apriorísticamente que los llamados inimputables no sean capaces de conocer o, al menos, tener la posibilidad de conocer la norma penal”.

siquiera debe dirigirse al inimputable, desde la misma sede legislativa” y sostener, sin embargo, que ello no nos dice todavía nada acerca de quién es inimputable⁴⁶⁴.

En relación con la “doctrina de la imputación”, que como es sabido cuenta con dos partes esenciales “*imputatio facti*” e “*imputatio iuris*” (y con una “fase intermedia” de “*applicatio legis ad factum*”), es preciso también dedicar algunas palabras. Esta doctrina, en boca de PÉREZ DEL VALLE, se podría resumir en la afirmación de que “en derecho penal, imputación constituye la pretensión de fijar las condiciones que permiten atribuir el ilícito penal a un sujeto como ‘su’ hecho y, por tanto, la contradicción objetivo-subjetiva a la vigencia del derecho ‘como derecho’”⁴⁶⁵. Parece que las consideraciones acerca de la imputabilidad encontrarían su ubicación como presupuesto de la “*imputatio iuris*”; esto es, como presupuesto de la adecuada atribución a una acción del reproche oportuno.

Con todo, ha alertado oportunamente SÁNCHEZ-OSTIZ de que “[s]i la *imputatio facti* parece el lugar de la categoría de la conducta en las teorías del delito, el de la culpabilidad podría asimilarse con el de la *imputatio iuris*. Sin embargo, esto sería extraer consecuencias apresuradas. No podemos proceder a una simple identificación de ambos juicios de imputación con categorías conocidas de la teoría del delito”⁴⁶⁶. Determinados fenómenos (involuntariedad, desconocimiento, etc.) serían capaces de interrumpir tal imputación. No obstante, de nuevo (como hemos visto que sucede con las condiciones

⁴⁶⁴ La cita es de NAVAS APARICIO, A., *Destinatario de la norma penal e imputabilidad*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2006, p. 134. Esto, con independencia del carácter imperativo que pueda tener la norma. Por ello, cuando el autor citado señala que “[e]l inimputable es, en definitiva, el no motivable por la norma jurídico-penal y, por ello, no es su destinatario, no actúa antinormativamente” (p. 250), no define lo que el inimputable es, sino solo los efectos que la declaración de inimputabilidad tiene. Brevemente: se dice que el inimputable no es motivable (y, por ende, no es destinatario de la norma), pero no se especifica qué quiere decir no ser motivable.

⁴⁶⁵ PÉREZ DEL VALLE, C., *InDret*, p. 2.

⁴⁶⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “Tomarnos en serio a nosotros mismos. Sobre la culpabilidad en clave de imputación”, en MARAVER GÓMEZ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coords.): *La culpabilidad*, BdeF, Buenos Aires, 2019, p. 74. Una aseveración de esta clase, también pensamos nosotros, resultaría imprecisa por varios motivos. Para empezar porque, lógicamente, ambos modelos tienen su propia tradición y no comparten plenamente sus objetivos, lo que repercute en la concreta configuración de sus distintos componentes. Pero, además, y esto quizás es incluso más importante, porque, pese a la cierta estabilidad que se aprecia en los contenidos de los diversos elementos de la doctrina de la imputación en los diversos autores que se ocupan de ella, la heterogeneidad de formas y contenidos de la imputabilidad (y, en sentido más amplio, de la culpabilidad) y sus relaciones con otros elementos de la teoría del delito en la doctrina mayoritaria hace que no exista, por este lado, un preciso término de comparación por el que poder sostener tal afirmación.

suficientes para hacer a alguien “destinatario de la norma”), qué sea involuntario o ignorante no podrá ser algo “empírico” o “naturalmente dado” que no merezca mayor análisis. Todo lo contrario, el correcto desenvolvimiento de la “doctrina de la imputación” probablemente requiera de una importante profundización en estas cuestiones.

Resulta igualmente imprescindible justificar una omisión llamativa en el análisis que se presentará a continuación. Y es que, aquí, frente a los usos académicos habituales, no se prestará especial atención al debate determinismo/indeterminismo. En contra de una opinión muy asentada, partiremos en este trabajo de que la culpabilidad en general, y la imputabilidad en particular, pueden analizarse perfectamente sin prestar especial atención a esa disputa. No se pretende, con esto, restar importancia a la cuestión de si el hombre es en verdad libre. Hacerlo no solo sería insultante, sino también ridículo. Es probable, de hecho, que se trate de la más importante cuestión a la que debe responder la filosofía⁴⁶⁷. Sin embargo, creemos que su análisis nada aporta al estudio de la imputabilidad jurídico-penal.

Los escenarios posibles en los que la sociedad podría encontrarse frente a la cuestión del determinismo/indeterminismo son, con independencia de la posición compatibilista o incompatibilista que se mantenga, solo cuatro (dos para el caso de que exista el libre albedrío y dos para el caso de que este no sea más que un benévolo fruto de nuestra imaginación) y en ninguno de ellos la solución al problema que se ofrezca repercute en

⁴⁶⁷ No podemos condensarlo mejor que como lo hiciera PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal”, *Doxa*, n.º 35, 2012, p. 472, cuando dijo que “[l]a polémica acerca de si el actuar humano es libre o está determinado constituye una de las cuestiones esenciales sobre las que todo penalista ha reflexionado en algún momento de su vida profesional y ello debido no sólo a la fascinación que despiertan las cuestiones existenciales y especialmente las que, como ésta, parecen exceder a la propia comprensión humana —¿cómo podemos concebirnos a nosotros mismos como seres determinados si tenemos conciencia de ser libres?—, sino debido también a la importancia que tiene para la fundamentación de la responsabilidad y el derecho penal; pues la libertad del ser humano fundamenta la posibilidad misma de emitir los juicios de mérito y reproche que justifican la selección de quien actúa como merecedor de premios o de castigos, singularmente, del autor de un delito como merecedor de sanción penal”.

el Derecho penal⁴⁶⁸. No entraremos aquí tampoco, por cierto, en si la libertad relevante se refiere a “hacer lo que queremos” o a “querer lo que queremos”⁴⁶⁹.

En el caso de que el ser humano fuera libre habría dos opciones para la sociedad. La primera consistiría en que esta, sabedores sus miembros del libre arbitrio del ser humano, organizara su Derecho penal conforme al postulado básico de la libertad humana. Este escenario, resulta evidente, no constituiría ningún reto especial para la dogmática jurídica que, de hecho, tradicionalmente operaba en él. Llamaremos a este contexto “Escenario 1”. La segunda opción para los miembros del “mundo libre” sería equivocarse, creerse determinados y organizar su sociedad (si es que esto fuera posible) conforme a los postulados deterministas. Este escenario parece rechazable no solo, ni especialmente, por su incorrección científica, sino, ante todo, porque ninguna ventaja apreciable se derivaría de este grave error. Denominaremos esta situación “Escenario 2”.

⁴⁶⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 75, desarrolla también una división cuatripartita en este ámbito, aunque tiene esta un carácter algo distinto. Para el autor citado, las respuestas a los problemas asociados a la tensión entre libre albedrío y responsabilidad penal resultan de la combinación de las respuestas que se ofrezcan a dos cuestiones: admisión o negación del determinismo como punto de partida (lo que daría lugar a tesis deterministas o libertarias) y aceptación o rechazo de la eventual compatibilidad entre determinismo y responsabilidad subjetiva (lo que permitiría distinguir tesis compatibilistas e incompatibilistas). Resultado de esta clasificación serían cuatro posibles postulados teóricos: libertario compatibilista, libertario incompatibilista, determinista compatibilista y determinista incompatibilista. Dicha clasificación resulta pedagógicamente útil, aunque, como señala el propio autor, unas combinaciones sean razonablemente mucho más frecuentes que otras. En todo caso, es preciso reconocer que, como es lógico, esta división clasificatoria solo da cuenta de manera aproximada de la inmensa variedad de opiniones al respecto. Tiene razón también, entonces, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, p. 98, cuando desde una perspectiva complementaria señala que “[l]a falta de acuerdo en este tema no es solo obvia, sino que los matices diferenciadores de cada postura hacen que el elenco de soluciones devenga casi infinito. Las tesis defendidas por los penalistas se mueven dentro del espectro que va desde el determinismo absoluto a indeterminismo incondicionado”. En todo caso, la taxonomía ofrecida por MOLINA FERNÁNDEZ no tiene, en este punto, nada que ver con la ofrecida en este trabajo, que se centra, por el contrario, en la correspondencia entre “realidad” y “creencia” respecto del libre albedrío.

⁴⁶⁹ Pensamos, en todo caso, que le asiste la razón a FARAHANY, N. A., “A Neurological Foundation of Freedom”, en PATTERSON, D. y PARDO, M. S. (Eds.): *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford University Press, Croydon, 2016, p. 53, cuando sostiene que tiene sentido distinguir entre la libertad para forjar nuestros deseos y/o preferencias y la libertad para llevar a cabo actos concretos de acuerdo con tales deseos, porque nuestros ordenamientos solo castigan actos concretos y no simples anhelos. De hecho, parece razonable entender que nuestro ordenamiento, tal y como está diseñado, parte de la libertad de acción y que nada dice de la libertad de configuración de deseos (o “la libertad de querer lo que queremos”). En relación con la idea de que el orden jurídico parte necesariamente del indeterminismo, ya decía FREUDENTHAL, B., *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2014 (publicación original: 1922), p. 71, que “[s]in el poder del autor, falta su culpabilidad. Tal poder supone, sin el menor reparo, el indeterminismo, la concepción del mundo que informa al Código Penal vigente”.

Frente a estas posibilidades, y para el caso de que el ser humano estuviera en realidad predeterminado, la sociedad solo podría transitar por alguna de estas dos posibilidades: equivocarse y creer que el hombre es libre y contar con un Derecho penal libre-arbitrista (“Escenario 3”) o comprender la determinación a la que está sujeta y reformar radicalmente su sistema de Derecho penal (“Escenario 4”)⁴⁷⁰.

Tabla: Posibles escenarios sociedad/libre albedrío

		¿Cree la sociedad (y su ordenamiento jurídico) en el libre albedrío?	
		Sí	No
¿Existe “realmente” el libre albedrío?	Sí	<p>“Escenario 1”</p> <p>(Correspondencia indeterminista)</p>	<p>“Escenario 2”</p> <p>(Errónea percepción de determinismo)</p>
	No	<p>“Escenario 3”</p> <p>(Errónea percepción de indeterminismo)</p>	<p>“Escenario 4”</p> <p>(Correspondencia determinista)</p>

El motivo por el que no nos adentraremos en mayor profundidad en este debate es que, sea cual sea el escenario con el que se corresponda la realidad que vivimos, nada podemos hacer más que abogar por el libre arbitrio. Para el tercer y cuarto escenario poca importancia tiene la actitud del jurista y el científico, pues, si allí estuviéramos, nula trascendencia (y libertad) tendría la argumentación que diésemos a estos, dado que serían, en todo caso, inevitables. Entre los dos primeros escenarios opinamos, con FRISCH o LUZÓN PEÑA, que hay buenos motivos para optar, mientras haya lugar a duda, por la defensa de un Derecho penal “basado” en el libre albedrío⁴⁷¹. Al final, no se trata más que

⁴⁷⁰ Hipotéticamente cabría un quinto escenario: el ser humano descubre estar predeterminado y, pese a ello, “decide” mantener sus instituciones sociales tal y como se encuentran reguladas actualmente. Este escenario es, sin embargo, ciertamente improbable, pues, hasta donde se nos alcanza, la defensa cerrada del determinismo suele ir acompañada (¿paradójicamente?) de propuestas de reforma (postura distinta es la de aquellos que niegan la relevancia del determinismo físico en el debate acerca de la existencia o inexistencia de libertad humana).

⁴⁷¹ FRISCH, W., “Zur Zukunft des Schuldstrafrecht— Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften“, en HEGER, M., KELKER, B. y SCHRAMM, E. (Eds.): *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, Beck, Múnich, 2014, pp. 203 y ss. LUZÓN PEÑA, D. M., “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la*

una decisión valorativa acerca de cuál de los dos modelos de Derecho penal (escenarios 1 y 2) sería preferible y, parece claro, tratar como libres a los sujetos libres de las sociedades libres representa innumerables ventajas.

Sería verdaderamente descorazonador llegar a comprender que nuestro mundo probablemente se corresponda con los escenarios 3 o 4⁴⁷². Pese a todo, hay buenos motivos para pensarlo, como ha demostrado MOLINA FERNÁNDEZ⁴⁷³. Lo que queríamos

culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Edisofer, Buenos Aires, 2013, p. 379, considera, por su parte, que es esta la opción más razonable, no solo por el ámbito de incertidumbre en el que nos movemos, sino también porque “los pretendidos intentos de comprobación científica de libertad humana son inadecuados precisamente por querer tratar la realidad humana y social como si fuera un fenómeno de la naturaleza”. Habría, en opinión de este último autor, “razones empíricas, sociológicas y antropológicas” para sustentar un postulado normativo de libertad en las “personas normales” (así, LUZÓN PEÑA, D. M., “Schuld und Freiheit”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 164, 2017, p. 677).

⁴⁷² Ahora bien, precisamente este hecho debería hacernos optar por un Derecho penal (y un concepto de culpabilidad) poco presuntuoso. En este punto, resultan extraordinariamente iluminadoras las palabras de ENGISCH, K., *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2006 (publicación original: 1965), p. 125, cuando sostiene que “el carácter, en lo bueno y lo malo, es nuestro destino, y, por ende, debemos guardarnos de abrumar los conceptos de culpabilidad, responsabilidad, retribución y expiación con una carga moral demasiado fuerte. El fariseo, que da gracias a Dios por no ser ‘como otros hombres robadores, injustos, adúlteros’ (Lucas, 18, 11), puede contar, tal vez, con alguna simpatía en caso de que sienta *gratitud* porque no ha fallado y, por lo mismo, tampoco se apartó del camino recto, mas no si hace cierto alarde de su peregrinaje conforme a Derecho. Como juristas, tenemos que darnos por satisfechos si encontramos una justificación para los conceptos de culpabilidad y responsabilidad, y para el empleo del poder punitivo del Estado, en mérito a la cual aquellos conceptos y esta actividad estatal parezcan razonables y necesarios. Lo son, porque reproche y pena influyen sobre el carácter, estimulándolo a sujetarse a Derecho. ¡Nada de arrogancia moral!”. Vid., en términos muy parecidos (aunque asociándolo a la falibilidad de nuestros métodos para determinar la culpabilidad y no a su propia esencia), KAUFMANN, ART., *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2^a ed., Carl Winter, Heidelberg, 1976, p. 282; y FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 65, 2012, pp. 120 y ss. Por otra parte, estas acertadas consideraciones encajan bien con la evidencia empírica disponible al respecto. Así, según SHARIFF, A. F., et al., “Free Will and Punishment: A Mechanistic View of Human Nature Reduces Retribution”, *Psychological Science*, vol. 25, 2014, pp. 2 y ss., habría ya un cierto conocimiento empírico de que la creencia en el libre albedrío correlaciona positivamente con la percepción como justos de castigos más severos y de que la creencia en una concepción de la naturaleza humana de carácter más determinista conduce a una preferencia por castigos más leves.

⁴⁷³ Así, le asiste la razón a MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 76, cuando señala que “aunque en general se admite que todavía no es decidible de manera definitiva, e incluso aunque pueda defenderse que en un sentido fuerte nunca lo será, lo cierto es que son muchos los factores que juegan a favor de una respuesta favorable al determinismo o a un indeterminismo que, para la cuestión que tratamos, resulta en todo idéntico al determinismo estricto” (en definitiva, puede ser que, como ha apuntado FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, p. 105, acabemos “llamando libertad al desconocimiento de lo que nos determina”). Más adelante desarrolla MOLINA FERNÁNDEZ con mucha precisión esta idea cuando defiende que “[s]i aplicamos estas conclusiones a la pregunta de si cabe actuar de manera distinta, la respuesta sólo puede ser negativa. En un mundo plenamente sometido al principio causal *nada*, y tampoco la acción humana, pudo ser de manera distinta a como fue. Y en un mundo en el que se combinen las transformaciones sometidas

decir cuando señalábamos que poco importaría qué camino tomara la doctrina en este punto es que el determinismo, si afectara de modo general a los seres humanos, debería necesariamente acabar dando lugar a una sociedad concreta y en ella poco importa la (percibida como) libre intención de la doctrina de defender un postulado u otro⁴⁷⁴. Dicho

al principio causal y otras dependientes del azar, éste último factor introduce la contingencia, por lo que algunas cosas en principio podrían ser distintas a como han sido, pero, por un lado, siempre dentro del estrechísimo marco que predice la física —determinismo prácticamente total en el nivel macroscópico debido a la regularidad estadística de los procesos indeterministas—, y, por otro, y esto es lo decisivo, de manera puramente azarosa y no sobre la base de una decisión del agente que permita imputarle responsabilidad”. En este último sentido, conviene recordar que, como tantas veces se ha dicho, indeterminismo y libertad no son, en verdad, lo mismo (vid., al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 110). MERKEL, R., “Ist ‘Willensfreiheit’ eine Voraussetzung strafrechtlicher Schuld?“, en ROTH, G., HUBIG, S. y BAMBERGER, H. G. (Eds.): *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, Múnich, 2012, p. 49, plantea la cuestión en sus justos términos cuando explica que “el determinismo no permite ninguna alternativa y el indeterminismo no deja lugar a ningún control”. Algo que lleva a que, como sostiene URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, p. 35, en realidad, ningún autor mantenga en el ámbito del Derecho penal un “indeterminismo absoluto”. En todo caso, se genera así una paradoja sin salida: el determinismo no es libertad, pero el indeterminismo tampoco. La libertad debería estar, entonces, en algún punto entre esos dos extremos. Sin embargo, como ha señalado MOORE, M. S., “Causation and the Excuses”, *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 1116, “decir que estemos parcialmente determinados o que seamos parcialmente libres tiene tanto sentido como hablar de estar parcialmente embarazados”. Por ello, no parece que “el punto medio” sea un buen lugar en el que buscar el lugar que ocupa la libertad. En todo caso, volviendo al inicio de la nota, vid., para una visión frontalmente contraria a la defendida por MOLINA FERNÁNDEZ en relación con la viabilidad del escenario determinista, SANZ MORÁN, A. J., “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, en DíEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 153 y ss. En este último sentido se pronuncia también TORÍO LÓPEZ, A., “Imputabilidad general e individual en la teoría jurídica del delito”, en DíEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 1019, en un pasaje que, pese a su extensión, no nos resistimos a reproducir: “[e]ntre el mundo físico-químico, el mundo biológico, psíquico y, en último término, espiritual, existe una relación de presuposición, pero al mismo tiempo de sucesiva liberación material. Mientras que la materia y la realidad biológica están unívocamente sometidas al principio de la dureza de lo real, la realidad psicológica y espiritual presentan una progresiva indeterminación. El estrato biológico y fisiológico revelan una dependencia fija o rígida de la causalidad, dependencia que no es inmediatamente contrastable en el ámbito psicológico, y que aparece suplida por la espontaneidad o la libertad de la decisión en el acontecer espiritual. La sustracción humana a la causalidad dominante en la naturaleza es sugerida por el comportamiento científico y artístico. Es difícil sostener que las obras representativas del pensamiento filosófico, como la metafísica aristotélica, la teoría kantiana del conocimiento, o la filosofía hegeliana del espíritu son consecuencia de condiciones causales precedentes materializadas en el contenido del sistema. Esta situación es paralelamente visible en el universo artístico. Las creaciones musicales, las aportaciones universales a la arquitectura o la pintura no pueden ser explicadas como conexiones causales en sentido paralelo al acontecer físico-biológico. En el comportamiento humano, si por razones epistemológicas o metódicas no quiere evocarse la libertad de autodeterminación, aparece suficientemente acreditada la capacidad para el comportamiento espontáneo, es decir, no predeterminado por antecedentes que lo condicionen con rigidez o forzosidad lógica y teleológica”.

⁴⁷⁴ Comparte esta idea, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, p. 103. Esta discusión entronca claramente con otra de no menor importancia que pone el acento no ya sobre una actitud social o doctrinal determinada, sino sobre la del propio Estado. Así, apunta ENGISCH, K., *La teoría de*

en las precisas palabras de RAMOS VÁZQUEZ: “el determinista que argumenta a favor de su tesis es el mismo que destruye ‘la función y el oficio del razonamiento’”⁴⁷⁵.

En un escenario así, por supuesto que las instituciones penales carecen de sentido. Pero no solo ellas, cualquier institución social sufriría de una absoluta (y con toda certeza deplorable) reformulación⁴⁷⁶. Como han puesto de relieve, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, FEIJOO SÁNCHEZ, FRISCH, HASSEMER o ROXIN la atribución social de libertad es fruto de

la libertad de la voluntad, p. 94, que un argumento relevante en esta discusión podría ser el de empleo de “un específico principio jurídico, a saber, que quien recurre a algo en su favor tiene que aceptarlo en su contra. Es decir que, si el delincuente invoca que no habría podido actuar de otra manera que como se condujo, desde el lado de las autoridades de la persecución penal pudiera objetársele, empero, que, siendo así, tampoco el Estado podría proceder de otra manera y tendría que penarle”. Según el papel que se le conceda a este argumento puede resultar más o menos convincente. Desde nuestro planteamiento, como una suerte de objeción metodológica, nos parece que disfruta de una considerable potencia. El determinismo no aplica solo al autor del delito, también a la víctima, al juzgador y al resto de la sociedad; lo que se diga de unos debería valer para los otros. Cuestión distinta es que esta idea se emplee, que parece que es lo que tiene ENGISCH en la cabeza cuando razona acerca de este punto, como una especie de réplica cínica del Estado frente al autor del delito. Así, prosigue el pasaje reproducido, “esta réplica no convence, porque sobre la base determinista, que ciertamente va en juego aquí, de que el Estado que ejerce la persecución penal carece, *prima facie*, de razón cuando formula el tan problemático reproche de la culpabilidad, no puede éste, por su parte, defenderse del reproche de la sinrazón de su proceder, parapetándose en que estaría determinado a su propia iniquidad”. Insistimos, tal argumento no podría, en verdad, ser empleado como “defensa” si por tal entendemos la justificación ética de una práctica. El Estado tiene un deber de justificación de su intervención exigente con independencia de lo que concretos individuos consideren o aleguen. Ahora bien, si por “defensa” aceptamos algo menos ambicioso como “explicación de una actuación inevitable”, resulta difícil negar cierto papel al argumento.

⁴⁷⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “La pregunta por la libertad de acción (y una respuesta desde la filosofía del lenguaje)”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, p. 150. Inmediatamente antes señala que al partidario del determinismo puede oponérsele el aforismo 40 de Epicuro: “Quien diga que todas las cosas suceden por necesidad no puede criticar a quien diga que no todas las cosas ocurren por necesidad, ya que ha de admitir que la afirmación también sucede por necesidad”.

⁴⁷⁶ Al fin y al cabo, como ha señalado, entre otros muchos, STRENG, F., *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989, p. 298, “existe una teoría cotidiana (*Alltagstheorie*) conforme a la cual podemos actuar, en tanto que seres humanos, en cierta medida libremente. Esta perspectiva es central para nuestra autocomprensión del ser humano, al menos en nuestro ámbito cultural”. Con todo, es cierto que la cuestión de las repercusiones que un cambio de perspectiva podría comportar no es tan sencilla, pues, probablemente, en la línea apuntada por MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 135 y ss. y 148, no sea el determinismo, sino la predictibilidad del futuro lo que pueda conllevar cambios tan importantes como los que a veces se señalan. Así, sería importante no confundir ambas cosas: que el mundo entero se hallara completamente determinado no implicaría necesariamente que el ser humano pudiera prever de forma suficiente el devenir causal. En ese contexto, incluso una sociedad determinista (aunque modificase buena parte de su configuración) tendría que operar con márgenes de incertidumbre y, así, habría de tomar decisiones (valorativas) acerca de cómo distribuir su error (por muy determinado que estuviera el mundo). Llama también la atención sobre la necesidad de distinguir predictibilidad y determinación MAÑALICH RAFFO, J. P., “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, p. 184.

la Ilustración y de una comprensión más “humana” de nuestras sociedades⁴⁷⁷. En un contexto en el que se renunciara a tales avances, el “Derecho penal determinista” no sería nuestro más triste problema.

De hecho, creemos que los más clásicos defensores del libre arbitrio se “quedan cortos” cuando señalan que en un mundo determinista la privación de derechos del sujeto que cometió un delito carecería de legitimación y supondría una instrumentalización burda del delincuente. Al margen de la no menor cuestión de la legitimación, parece que no cabría hablar siquiera de una instrumentalización de unos por otros. La instrumentalización requiere estructuralmente que un sujeto se sirva de otro como objeto. En un mundo determinista podríamos carecer de base para hablar de sujetos. Estaríamos, todo lo más, ante una pseudo-instrumentalización de un objeto por otro. En definitiva, del mismo modo que el reproche al sujeto que comete un delito carecería de sentido, tampoco sería sensato reprocharnos a nosotros mismos “nuestra” actitud, pues al fin y al cabo tampoco tendríamos alternativa. Es cierto que las corrientes compatibilistas tratan de articular un concepto de sujeto jurídico al margen de la libertad real, pero no pueden hacerlo sin contar con su, al menos tácita o expresa, presunción. Un mundo crudamente determinista (afortunadamente imposible por razones de todo tipo) no admitiría ningún género de *sujeto que actúa*, sino solo *objetos que sufren “acciones”*.

En resumen, de los cuatro escenarios propuestos dos responden a un error (vivir en un mundo libre y creerlo determinado o viceversa) y dos a una posible verdad. En los supuestos de error solo el “Escenario 3” (creerse libre en una sociedad determinada) presenta ventajas. Estas son sociales (pues permite la pervivencia de instituciones que creemos más “humanas”) e individuales (pues solo desde el indeterminismo es posible la

⁴⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Aspectos generales de la imputabilidad”, en PANTOJA GARCÍA, F. y BUENO ARÚS, F. (Dir.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 20 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, p. 270; FRISCH, W., “Zur Zukunft des Schuldstrafrecht“, pp. 208 y ss.; HASSEMER, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, *InDret*, n.º 2, 2011, p. 8; y ROXIN, C., “La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 70, 2017, p. 13. En sentido contrario se pronuncia de manera sugerente GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, pp. 145 y ss., para quien la imagen catastrófica que se asocia generalmente a la eventual renuncia al libre albedrío se hallaría por completo injustificada. Para este último autor la bondad y humanidad de un sistema penal no depende en absoluto de la idea de libre albedrío, sino de otras como la dignidad o el reconocimiento de los derechos civiles y políticos.

felicidad). Nos encontraríamos así, en palabras de MOLINA FERNÁNDEZ, ante un “error fructífero”⁴⁷⁸. En relación con los otros dos supuestos (los de los aciertos), cabe señalar que de uno no “debemos preocuparnos”, pues nada podemos hacer por evitarlo ni alcanzarlo (“Escenario 4”). En cuanto al “Escenario 1” (seres libres que se saben libres) sería nuestro deber argumentar en esa dirección. En definitiva, puestos a equivocarnos, hay razones para hacerlo en el sentido de la existencia del libre albedrío (pues reporta beneficios) y, puestos a tener razón, solo podemos operar y argumentar libremente en caso de que contemos con tal libertad⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ En este sentido, es preciso dedicar unas breves líneas a concretar qué hemos de entender por “error fructífero”. Hablamos, así, de un error que produce más bien que mal, ya se defina este como “utilidad”, “bienestar”, “felicidad” o como se quiera. La verdad puede llegar a tener costes que, razonablemente, superen la utilidad de la propia verdad y no resulta claro por qué la verdad (y su persecución) deba de ser un fin en sí misma. La hipótesis de que la creencia en el libre albedrío constituya un error de esta clase resulta ciertamente plausible. Esta idea le resultaba atractiva a MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad*, pp. 84 y ss., que, sin embargo, se mostraba muy cauto con ella, pues, en palabras del autor, “es posible que sea racional y útil seguir con nuestras actitudes como hasta ahora, pero ello no permite sortear el problema de la injusticia en la distribución que se provoca al reconocer que toda nuestra actuación está condicionada por antecedentes que nos son ajenos o por antecedentes propios necesariamente provocados a su vez por otros ajenos”. Más adelante se pronunciaba el mismo autor con mayor rotundidad cuando sostenía que, más allá de otras objeciones no menores, “[e]l principal argumento contra una eventual política de venda en los ojos es de orden ético y jurídico. La afirmación de la libertad originaria del hombre no sólo tiene efectos positivos sino también negativos. Tomando como base esa libertad se exige responsabilidad jurídica a quien ha cometido un hecho ilícito. Si resultara falso el presupuesto, sería inmoral imponer la consecuencia. La responsabilidad jurídica quedaría desprovista del criterio legitimador que permite una imposición tan desequilibrada de males” (pp. 149 y ss.). Esta argumentación no es, empero, convincente. Por un lado, prescinde de la debida ponderación de bienes y males. Es cierto que la atribución de responsabilidad no tiene *solo* efectos positivos para el sujeto del que tal responsabilidad se predica. Por supuesto, son varios también los efectos negativos que una declaración de culpabilidad conlleva, pero lo relevante no es si estos efectos negativos existen, sino únicamente si estos son mayores que los efectos positivos que se producen. Desde un punto de vista utilitario, pero también desde otras posibles concepciones de la justicia, el puntual tratamiento lesivo “injustificado” puede hallarse sobradamente compensado por un general tratamiento beneficioso también “injustificado”. Por otra parte, y este argumento nos resulta más relevante, porque, aunque es cierto que la libertad es presupuesto de la consecuencia jurídica que se impone al sujeto libre, esta no es presupuesto de otras formas de privación que puedan ser tan o más lesivas que aquella. Brevemente: la libertad de actuación no es presupuesto de *la* restricción de la libertad, sino de *una concreta forma* de privación de libertad. De este modo, discutir que la pena es un mal no parece sensato, sin embargo, no es correcto partir siempre de que la pena será el mayor mal que se podrá imponer a un sujeto. Así, puede haber casos en los que la pena suponga un “mal relativo”, pero no un “mal absoluto”, pues la alternativa a esta pueda ser todavía peor. En todo caso, conviene aclarar que MOLINA FERNÁNDEZ ha sostenido en los últimos tiempos, lamentablemente todavía no por escrito, una hipótesis mucho más generosa con la tesis del “error fructífero” que hace desempeñar a este un papel sumamente trascendental en la atribución social de responsabilidad y que aparece ya desligada de las objeciones que apuntaba en la obra citada.

⁴⁷⁹ Acerca de los beneficios que reporta la creencia en el libre albedrío existe ya una cierta base empírica que apunta en tal dirección. Así, entre otros muchos investigadores, CRESCIONI, A. W., et al., “Subjective correlates and consequences of belief in free will”, *Philosophical Psychology*, vol. 24, n.º 1, 2016, pp. 59 y ss., han destacado que esta clase de creencias promueve, entre otros aspectos

Por todo ello, y siendo conscientes de que se justifica aquí en pocas páginas la ausencia de un estudio más profundo y riguroso sobre una materia acerca de la que hay bibliotecas enteras, se considera prescindible ocuparse de la cuestión del libre albedrío en mayor detalle. Parece, en todo caso y por muchas razones, inviable que en un mundo determinado nos comportemos socialmente como seres determinados (“Escenario 4”)⁴⁸⁰. En cualquier otro supuesto, la defensa de la libertad solo puede ser correcta (“Escenario 1”), útil (frente al “Escenario 2”) o inevitable (“Escenario 3”).

En todo caso, es cierto que toda esta argumentación parte de un postulado académico discutido: que lo que la ciencia nos diga acerca de la libertad importa también a estos efectos⁴⁸¹. Son muchos (innumerables) los esfuerzos que se han hecho para tratar de

positivos, la felicidad, autosatisfacción, gratitud, la percepción de trascendencia de la propia vida y la fijación de objetivos vitales más profundos. RIGONI, D., et al., “Reducing Self-Control by Weakening Belief in Free Will”, *Consciousness and Cognition*, vol. 21, 2012, p. 1498, por su parte, señalan que la degradación en la creencia del libre albedrío afecta negativamente a aspectos vinculados al auto-control y la inhibición intencional. Así, estos mecanismos se ven degradados cuando tales creencias son minadas. La idea de auto-control (ya sea verdaderamente libre o una mera ilusión y no más que un proceso puramente mecánico) constituye indubitablemente uno de los pilares sobre los que se asienta nuestra forma de concebir la sociedad y el Derecho, por lo que cuenta también con un valor trascendental.

⁴⁸⁰ Una de las muchas explicaciones que se podrían ofrecer a esta inviabilidad es, por ejemplo, la propuesta por SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.): *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 110 y ss., cuando asocia la idea de libertad a la propia estructura de los lenguajes occidentales que presuponen una tal libertad. Si la sociedad no cabe sin lenguaje y el lenguaje presupone libertad, no sería plausible una sociedad que no presuponga libertad. También es célebre en este punto la tesis de STRAWSON, P., “Freedom and Resentment”, en STRAWSON, P.: *Freedom and Resentment and Other Essays*, Routledge, Nueva York, 2008, p. 12, conforme a la cual no parece factible que lleguemos a renunciar, aun en el escenario determinista, a las actitudes reactivas que se encuentran detrás de las relaciones interpersonales.

⁴⁸¹ Algo que dista mucho de ser generalmente aceptado. De un modo u otro (y con importantes matices), defienden la autonomía del Derecho penal en este punto, entre muchos otros, HÖRNLE, T., *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 23 y ss.; HASSEMER, W., *InDret*, p. 8, va todavía más lejos y habla incluso del “error categorial” en el que incurriría quien pretendiese saber si la libertad “existe” acudiendo a las ciencias empíricas. Frente a ellos, existe una cierta tendencia a reconocer que, por el contrario, el Derecho penal se debe mostrar abierto en este punto a los conocimientos procedentes del ámbito científico. Así lo consideran, discrepando, en todo caso, en cuál sea el deseable grado de apertura, PÉREZ MANZANO, M., *InDret*, p. 8; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *InDret*, n.º 2, 2011, p. 39; y DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”, *InDret*, n.º 2, 2011, p. 31. Al margen de este debate, pero conectado con él, existe otro de no menor importancia acerca de si la ciencia está capacitada en la actualidad para suministrar las respuestas adecuadas al problema que ahora nos ocupa. En relación con las limitaciones metodológicas y con el discutible alcance sobre el Derecho penal de los célebres experimentos de LIBET, que, según algunos, habrían evidenciado una suerte de determinismo cerebral, y otros posteriores que apuntaban en la misma dirección, vid. PÉREZ MANZANO, M., *Doxa*, pp. 477 y ss. Creemos que hoy en día, esta suerte de planteamientos está muy lejos de poder demostrar suficientemente la “realidad del determinismo”, pero no parece, sin embargo, que sea estructuralmente (o lógicamente) imposible llegar a hacerlo.

escapar a este problema por la vía de una construcción social, lingüística, comunicativa, jurídica, etc., del concepto de libertad⁴⁸². Tales postulados, sin embargo, no nos resultan convincentes por cuanto simplemente desplazan el objeto del debate y buscan una distinta pregunta a la que responder⁴⁸³. Especialmente claro en este punto resulta KINDHÄUSER cuando afirma que no pretende “en modo alguno sostener que no pudiera tener sentido plantear la pregunta de si el ser humano es capaz de decisiones causalmente libres, a pesar de que en su existencia física se halle sometido a las leyes causales generales. Pero una tal libertad (...) *nada tiene que ver* [cursivas propias] con el concepto de libertad en el contexto de atribuciones sociales de responsabilidad”⁴⁸⁴. Quienes mantienen posiciones parecidas no se preguntan ya si estamos natural o empíricamente determinados, sino solo si el Derecho o la sociedad puede partir de concepciones distintas⁴⁸⁵.

⁴⁸² Vid., para un resumen de algunos de los innumerables conceptos existentes, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 154 y ss.

⁴⁸³ Quizás así cabría interpretar a DEMETRIO CRESPO, E., *Fragmentos sobre neurociencias y Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2017, p. 94, cuando sostiene que “[e]l problema de la libertad es demasiado amplio como para que ni el Derecho penal ni la neurociencia pretendan agotarlo”. El objetivo del Derecho penal sería otro “más modesto, menos metafísico”. Sin embargo, no creemos que del reconocimiento evidente de que no es a la ciencia penal a quien corresponde indagar en los grandes misterios de la naturaleza humana se pueda derivar que en el caso de que disciplinas preparadas para ello alcanzaran tal conocimiento esto fuera irrelevante para la dogmática penal. También se aprecia con claridad la mutación de la pregunta a la que se quiere responder en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “La pregunta por la libertad de acción”, p. 157, cuando redefine el concepto sometido a discusión: “la libertad, insisto, debemos concebirla no como algo que poseemos, sino como una práctica. Pero también una actitud”. Al redefinir los términos de la discusión sobre la libertad, ya no se da respuesta, lógicamente, a la pregunta inicial, sino a otra distinta. Que esta otra pregunta sea igualmente relevante no es óbice para reconocer que la primera queda incontestada. ¿Y de verdad se puede decir que la primera no tiene *ninguna* importancia? Por ello, nos resulta más coherente un posicionamiento como el de GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, *passim*, en el que se renuncia directamente al libre albedrío, que uno en el que se protege nominalmente tal libertad, pero se le cambia el contenido.

⁴⁸⁴ KINDHÄUSER, U., “Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, p. 217.

⁴⁸⁵ En ocasiones, incluso, las argumentaciones se aproximan mucho a pequeños trucos de prestidigitación. Así, como rotundamente ha sostenido CARBONELL MATEU, J. C., “Aspectos penales”, en CARBONELL MATEU, J. C., GÓMEZ COLOMER, J. L. y MENGUAL I LLULL, J. B.: *Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Civitas, Madrid, 1972, p. 28, “[c]ómo es posible que un sujeto cuyo libre albedrío se niega pueda motivarse es algo definitivamente mal explicado: si el agente pudo motivarse quiere decir que pudo no matar, siendo así que lo hizo. Parece que estamos afirmando que el sujeto pudo optar, elegir, entre matar o no. En otras palabras: que pudiendo haber adaptado su conducta al ordenamiento no lo ha hecho: ha elegido matar. Pues bien, si pudo hacer algo distinto de lo que hizo —pues se afirma que pudo motivarse y no se motivó— quiere decir que era libre para elegir entre matar o no matar. Hemos regresado a la cuestión del libre albedrío”. Y apunta luego: “si mediante el imperativo se motiva al sujeto para que no delinca, o éste es libre para optar o no podrá ser objeto de motivación alguna. Con ello no se quiere afirmar que definir la imputabilidad como ‘capacidad normal de motivación’ sea incorrecto, que, en principio, no lo es, sino tan solo que

Probablemente sea SCHÜNEMANN uno de los autores que con más claridad ha visto esta soterrada transmutación del debate (algo en cierta medida paradójico, pues creemos que también él ha contribuido a ella con su concepción de libertad basada en la práctica social y, especialmente, en el lenguaje)⁴⁸⁶. Así, señala este autor que “[l]a fundamentación de la culpabilidad penal (...) presupone evidentemente la libertad para comportarse de otro modo (...) no obstante, desde hace treinta años domina en Alemania el denominado ‘concepto social de culpabilidad’ que elude conscientemente la cuestión de poder obrar de otra manera (...) la cuestión ontológica acerca de la evitabilidad individual del hecho no es respondida, sino que es reemplazada por el juicio normativo de que debe penarse al hombre medio por las lesiones de bienes jurídicos por él realizadas”⁴⁸⁷. Y concluye SCHÜNEMANN: “la culpabilidad es, si se la entiende en el sentido del concepto social sin base ontológica sólo como imputación de sí misma, un concepto totalmente carente de contenido, que no respondería a la pregunta acerca de la justificación (legitimación) de la pena, sino que sólo la enturbiaría a través de un círculo vicioso”⁴⁸⁸.

La respuesta, tras tanta y tan fructífera contienda académica, es evidente: claro que el Derecho puede crear su propio concepto de libertad; claro que la sociedad presupone la libertad. Sin embargo, la cuestión que, en nuestra opinión, es en verdad importante es cuánto podrían sobrevivir estos postulados a una demostración científica sólida del determinismo⁴⁸⁹. Y, sobre todo, la de si una privación de derechos en un mundo

esta fórmula no logra diferenciarse un ápice de la de quienes definen la imputabilidad como ‘capacidad de culpabilidad’ y basan ésta en la libertad de voluntad” (p. 32).

⁴⁸⁶ SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 35, resume así su concepción al respecto: “[e]l Derecho penal encuentra la libertad de voluntad como una parte de la realidad social constituida previamente por el lenguaje, y no sólo puede conectarse con ella, sino que sería incapaz de ignorar esta construcción de la realidad social. Esta libertad de voluntad se manifiesta no como una mera ficción, sino como una parte de la realidad social tan real como ésta, y, desde un punto de vista ontológico, como un producto de la evolución, es decir, del desarrollo de la conciencia humana. Para un modo de ver las cosas orientado en el principio causal, esta formación libre de la voluntad es además reflexiva, de modo que en su atribución a sí misma no se encuentra una condición suficiente, pero sí necesaria”. Sin embargo, creemos que tampoco aquí se responde a la pregunta a la que en un principio se intenta responder. De hecho, basta con observar la importancia en el razonamiento de la idea de que “el Derecho penal (...) sería incapaz [cursivas propias] de ignorar esta construcción de la realidad social” para apreciar que no hablamos en ningún momento de *decisiones libres*, sino de *necesidades*. Tiene algo de paradójico la idea, presente en este y otros muchos autores, de que estamos, de un modo u otro, determinados a ser libres. En todo caso, prescindiendo de esta (no menor) cuestión el debate se desplaza del clásico “poder actuar de otro modo” al “nuestro lenguaje presupone el poder actuar de otro modo”. Lo indiscutiblemente cierto de la segunda afirmación no alcanza, por desgracia, a la primera.

⁴⁸⁷ *Ibíd.*, p. 24.

⁴⁸⁸ *Ibíd.*, p. 25.

⁴⁸⁹ Quizás convenga recordar, aunque en un sentido diferente a lo señalado por MERKEL, G., “Das Sprachspiel der Schuld”, en ROTH, G., HUBIG, S. y BAMBERGER, H. G. (Eds.): *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, Múnich, 2012, p. 19, que “la legitimidad del Derecho penal no depende de cuál sea el concepto de culpabilidad dominante entre los expertos (...) sino de cuál sea el concepto de

determinado puede estar *verdaderamente* legitimada (prescindiendo de que, como se ha dicho, tampoco cupiera reprochar nada a quien castiga por hallarse igualmente determinado)⁴⁹⁰. La pregunta para aquellos que acuden a esta clase de teorías no es si la libertad física existe, sino si existe una práctica social que en algún modo la presupone. Lo primero es debatido, lo segundo no. Pero no se puede salvar la primera cuestión por la constatación de la segunda. Una determinada creencia no puede encontrarse eternamente desligada de la realidad material a la que se refiere.

Creemos que es más honesto partir de que lo que la ciencia pueda llegar a decirnos acerca de la libertad resulta esencial, más allá de lo lejos que se encuentre en la actualidad de poder dar una respuesta definitiva (a lo que probablemente, y puede que por fortuna, no llegue nunca), y adoptar una actitud más pragmática como la que hemos tratado de desarrollar aquí: la defensa de la libertad o bien es correcta, o bien es útil, o bien es inevitable.

II. ¿Qué significa ser imputable?

Como hemos dicho, la imputabilidad penal ha sido objeto de muchas y muy variadas y agudas reflexiones. Sin embargo, una de las cuestiones sobre la que más difícil es encontrar juicios expresos es la de cómo opera estructuralmente la atribución de esta capacidad. Esto es, ¿cómo identificamos (o “construimos”) a los sujetos imputables y a los inimputables? Probablemente el funcionalismo de corte *jakobsiano* sea la primera perspectiva desde la que se aborda directamente esta cuestión en la dogmática moderna. En él, el fundamento material de la culpabilidad se ve desplazado del eje central de la discusión y se ofrece una explicación acerca de cómo se atribuye responsabilidad en la sociedad. Esta explicación se centra en una suerte de proceso social de “identificación”. Formulado de manera sencilla: consideramos *prima facie* responsables (“personas”) a

culpabilidad en el que se basa la sociedad. Es de su aceptación de lo que depende la intervención penal en los derechos de los ciudadanos”.

⁴⁹⁰ Esto es, si cabría fundamentación ética (y no puramente utilitaria) para el castigo si se pudiera probar que un sujeto ya antes de nacer estaba condenado a cometer un determinado delito y que nada podía cambiar su “destino”. Ciertamente que la imputación de méritos y deméritos (la convivencia, en definitiva) presupone el reconocimiento de libertad. Ciertamente también que de este reconocimiento el propio sujeto puede obtener algunos beneficios. Sin embargo, la pregunta sigue en pie. No se trata (solo) de qué ganamos como sociedad desarrollando una práctica como esta, sino de si el castigo para ese concreto sujeto está justificado o de si solo lo estamos sacrificando para que la sociedad pueda seguir funcionando con normalidad. Creemos que en una línea similar cabe interpretar lo sostenido por SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Prólogo”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. xvi y ss.

aquellos con quienes nos identificamos⁴⁹¹. Este postulado no es, desde luego, privativo de JAKOBS y se encuentra en muchos otros autores. Lo que sí es cierto es que probablemente sea en su obra en la que tal afirmación se mantenga de forma más explícita⁴⁹². STRENG, algo antes, mantuvo también, desde una perspectiva preventivo-general, aunque en su caso de corte más freudiano, que el delincuente (imputable) opera como chivo expiatorio de las pulsiones sociales⁴⁹³. Ahora bien, no todo el mundo vale para ser chivo expiatorio. Para serlo, argumenta correctamente el autor citado, es

⁴⁹¹ El concepto de “persona” en la obra de JAKOBS es, sin duda, un foco de problemas. Se alerta en ocasiones del riesgo de que la asociación imputable/persona conduzca, por su reverso, a la despersonalización del inimputable. Pese a todo, tal planteamiento crítico con la obra de este autor es, en nuestra opinión, erróneo. Así, precisamente al hilo del concepto de “persona” del autor alemán, apunta GRECO, L., *Feindstrafrecht*, que, si bien interpretar a JAKOBS es siempre difícil por su empleo de una terminología propia y equívoca (p. 18), lo cierto es que, como autor vivo que es, tiene una competencia preferente acerca de su propia obra (p. 20). De tal suerte que si, como efectivamente hace, rechaza una interpretación de este tipo de sus ideas, no resulta justo achacárselas. Todo ello con independencia de que, es cierto, los riesgos de una mala interpretación de un determinado planteamiento teórico deben ser también tomados en cuenta a la hora de valorarlo.

⁴⁹² JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1991, p. 495, sostiene expresamente que “es imputable la persona que puede ser definida como un igual”. O, más adelante, señala, por ejemplo, que el fundamento de la inimputabilidad de los menores reside en que no pueden ser definidos como iguales y, por ende, no pueden desautorizar a la norma (p. 521). Vid. también, a título meramente ilustrativo de lo extendido de este planteamiento, MERKEL, R., “Willensfreiheit?”, p. 57. En relación con este debate cabe precisar alguna idea. De manera (demasiado) generalizada se achacan a esta clase de argumentos el importante defecto de suponer un criterio formal (vacío) que admite casi cualquier “relleno”. De esta forma, una concepción de estas características sería, se señala con excesiva frecuencia, especialmente apta para dar cabida a un ordenamiento jurídico autoritario. Conviene, pese a todo, reiterar lo que, casi hasta la extenuación, ha señalado el autor alemán: “[l]a atribución de la culpabilidad (...) no tiene, por consiguiente, más peso que el valor del orden que se pretende estabilizar; la culpabilidad dentro de un ordenamiento que a su vez no vale nada es una culpabilidad exclusivamente formal” (JAKOBS, G., *Fundamentos del Derecho penal*, Ad—hoc, Buenos Aires, 1996, p. 53). O, dicho más precisamente, “culpabilidad material presupone normas legítimas” (p. 56). Por ello incide tanto JAKOBS al abordar estas cuestiones en que está desarrollando una mera “descripción de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad” (algo que, humildemente, se está tratando de hacer también, de otra forma, en este trabajo) y que “una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo” (p. 59). Profundiza en este planteamiento, aun reconociendo que, en ocasiones, se produce en los razonamientos de este autor “una cierta síntesis entre una justificación funcional o final y una legitimación racional o valorativa”, PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, *Doxa*, n.º 23, 2000, pp. 307 y ss. Creemos que es el camino emprendido por el autor alemán, en todo caso, un camino metodológicamente adecuado. Antes de discutir acerca de qué se debe hacer es preciso conocer qué se está haciendo. Por supuesto, ambos planos no deben ser confundidos. Pero tan pernicioso es confundir el “ser” con el “deber ser” (como, puntualmente, podría sucederle a JAKOBS en este ámbito) como confundir el “deber ser” con el “ser” (como, de manera no tan puntual, podría suceder con buena parte de sus críticos, que obvian las condiciones en las que efectivamente se desarrollan las relaciones socio-jurídicas en el marco del Derecho penal).

⁴⁹³ STRENG, F., “Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion Strafrechtlicher Zentralbegriffe“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 92, 1980, p. 645.

necesaria la producción de un “efecto reflejo” o un “efecto espejo” que haga que cuando miremos al imputable veamos a alguien en quien, al menos parcialmente, nos reconozcamos⁴⁹⁴. Es este un planteamiento ciertamente similar al que sostuviera también GIMBERNAT al defender que “la impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los ‘imputables’; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente”⁴⁹⁵. En definitiva, entre los imputables se daría un proceso de identificación que sería inviable en relación con el inimputable⁴⁹⁶.

Esta descripción del imputable como un semejante se encuentra de forma latente en prácticamente cualquier autor que se haya ocupado del tema. Y es difícil encontrar obras en este ámbito cuyos pasajes centrales no se presten a esta interpretación⁴⁹⁷. Los defensores de la “capacidad de actuar de otro modo” (postura pretendidamente individualizadora, pero técnicamente endeble) no se salvan de incurrir en este punto⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 654 y ss.

⁴⁹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 177. Y es que, como señala este autor, no es extraño que el Derecho penal opere con las categorías de “normal” y “enajenado” (y su contraposición), dado su profundo arraigo sociológico (p. 175).

⁴⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 175 y ss.

⁴⁹⁷ Basta con echar un rápido vistazo a la manualística española o alemana para encontrar múltiples referencias que pueden ser interpretadas en este sentido. Como ejemplo especialmente claro encontramos en BOCKELMANN, P. y VOLK, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Beck, Múnich, 1987, pp. 110 y ss., la idea de que la capacidad de dirección normal del comportamiento, la tenencia de un sistema de orientación del que disfruta la mayoría, es lo que denominamos “normalidad”. Los normales serían aquellos “respecto quienes el ordenamiento jurídico espera que hagan y omitan aquello que tienen el deber de hacer y omitir”, expectativa cuya frustración, a la postre, legitimaría el reproche ulteriormente expresado por parte de la pena. Por el contrario, la “minoría de anormales” vendría caracterizada por una desviación de la gestión interna de su actuar. En todo caso, la idea tiene una procedencia mucho más remota. Sin acudir a estadios de la evolución de la teoría jurídica del delito demasiado alejados ya de nuestro tiempo, baste apuntar que ya FRANK, R., *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, BdeF, Buenos Aires, 2011 (publicación original: 1907), pp. 40 y ss., consideraba que uno de los tres presupuestos ineludibles para que cupiera reproche jurídico (elemento central de su construcción normativa de la culpabilidad) era la existencia de una “aptitud espiritual normal del autor” (cursivas propias), expresamente denominada luego como “imputabilidad”. Para comprobar que estos planteamientos se encuentran también en ámbitos lejanos al nuestro no solo en el plano temporal, sino también en el geográfico, basta con acudir, entre otros, a MOORE, M. S., *California Law Review*, p. 1137, quien defiende que “solo aquellos que, como la mayoría de nosotros (cursivas propias), son razonablemente buenos razonadores prácticos pueden ser destinatarios de normas morales”, lo que justificaría la exclusión de responsabilidad penal de quienes no lo sean.

⁴⁹⁸ Así, como destaca desde su peculiar perspectiva ENGISCH, K., *La teoría de la libertad de la voluntad*, p. 75, “la fórmula [de la capacidad de actuar de otro modo] sólo alude a que muchos, a saber, los sujetos bien educados según el criterio jurídico, aquellos que conforman el ‘término medio’, puestos en el lugar del autor habrían actuado de otra manera. Luego, la fórmula del poder obrar de otra

Los partidarios de la “normalidad motivacional”, por poner solo otro ejemplo, no pueden evitar referir la normalidad al, por así llamarlo, “colectivo normal”⁴⁹⁹. Ciertamente, tampoco pretenden hacerlo. Simplificando la idea, para los autores que se enmarquen en estas tesis, es imputable aquel que se puede motivar como los demás. O a la inversa, consideramos imputables a aquellos que se motivan *como nosotros*.

Ciertamente tal postulado parece innegable. La identificación entre el sujeto imputable y el “sujeto normal” de la sociedad a la que pertenece constituye una constante en las sociedades humanas (aunque, como veremos, no solo de ellas). Es este, en definitiva, un común denominador de cualquier concepción de la imputabilidad; un núcleo, dicho de otro modo, del que la atribución de responsabilidad no se puede sustraer cualquiera que sea el modelo de imputación que se acoja⁵⁰⁰. De esto se desprenden algunos elementos

manera remata en el juicio, que acaso contiene ya una valoración, de que sólo porque la personalidad del autor se apartó del término medio, pues él era otro que el que hubiese debido ser, no pudo actuar diversamente”.

⁴⁹⁹ En este punto resulta obligada la referencia a MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 83 y ss.; y *Derecho Penal. Parte General*, pp. 557 y ss. En dichos trabajos este autor ha desarrollado una convincente explicación de la declaración de inimputabilidad cuya defensa ha cosechado un importante éxito en España. Para una profundización sobre estas cuestiones nos remitimos a dichas obras.

⁵⁰⁰ Es posible que este planteamiento evoque de algún modo aquel que en su momento empleara FRISTER, H., *Die Struktur des "voluntativen Schuldelements". Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, *passim*. En este trabajo el autor alemán trató de hallar lo que de común tienen tanto las concepciones tradicionales de la culpabilidad como las (entonces) más modernas concepciones preventivo-generales positivas. Las semejanzas son, en todo caso, meramente metodológicas. Coincidimos plenamente con el autor citado en que ambos grupos de teorías comparten un conjunto de “reglas de imputación prepositivas” (*vorpositiven Zurechnungsregeln*) derivadas de la práctica social y moral (p. 20). Igualmente, compartimos la opinión (brillantemente expresada por dicho autor) de que la concepción de la culpabilidad tradicional asume dichos juicios porque los considera correctos (*richtig*), mientras que las concepciones de la culpabilidad de corte preventivo-general lo hacen porque ello les resulta necesario (*notwendig*) (p. 95). La idea, brevemente resumida ahora, sería que para los primeros la razón de acudir a los criterios morales/sociales prepositivos es una vinculada a la idea de justicia; dichos criterios mostrarían lo que es “justo”. Por otro lado, la prevención general positiva, en sus distintas variantes, acudiría a estos criterios porque serían vehículos útiles para la función expresiva (o comunicativa) del Derecho penal. Si bien es cierto, como apunta el propio FRISTER, que dicha influencia de las normas de imputación prepositivas será más o menos directa en atención a la concreta modalidad de prevención general positiva a la que nos refiramos (pp. 46 y ss.). Discrepamos, sin embargo, en lo “ambicioso” de su propuesta, que carga en exceso el significado y papel de estas reglas prepositivas a las que asigna un contenido razonablemente preciso, vinculado con la idea de la “autodeterminación” en el proceso de toma de decisiones (pp. 125 y ss.). Tan ambiciosa y ajena al Derecho positivo es su propuesta que, como el propio autor reconoce, casa terriblemente mal con la regulación que de la inimputabilidad hace el § 20 del StGB (el equivalente, muy similar, a nuestro art. 20 CP), lo que le lleva a innecesarios y exagerados juegos argumentativos e interpretativos para evitar que su planteamiento conduzca a una derogación tácita del mismo (pp. 170 y ss.). Ni siquiera las pretendidas ventajas que reportaría dicha concepción (señaladamente la de deslindar con nitidez los campos de aplicación del error de prohibición y la inimputabilidad por incapacidad cognitiva, pp. 199

que es importante tomar en consideración y de los que habitualmente se prescinde en los análisis doctrinales de la cuestión.

1.º El “sujeto imputable” se obtiene de un proceso de comparación.

2.º La comparación requiere, al menos, dos cosas: algo con lo que comparar (un objeto de referencia) y algo que comparar (una propiedad presente en, al menos, el objeto o sujeto con el que se compara).

3.º Para una comparación más fina es preciso contar con instrumentos de medición precisos; medios cuya disponibilidad incide a su vez en la propiedad que se compara, pues una propiedad no susceptible de medida no puede ser tomada en consideración (al menos, no seriamente).

Estas afirmaciones serán objeto de un más pormenorizado análisis a continuación. Baste ahora con señalar que de la aceptación de este esquema inicial de la estructura de la atribución de responsabilidad (acerca de cómo funciona) no se desprende todavía ninguna toma de posición sobre cuánto de fáctico y cuánto de normativo hay en él (acerca de cómo está compuesto). Tampoco condiciona esta perspectiva las ulteriores consideraciones que se estime necesario hacer en relación con qué es una atribución legítima de imputabilidad⁵⁰¹. Lo que se mantiene aquí es que no hay atribución posible de esta si se

y ss.) superan este trascendental inconveniente. Tampoco contribuye a ello, por cierto, el hecho de que las sustente en conocimientos psicológicos más bien minoritarios. En nuestra opinión, pese a todo lo dicho, esta concepción tiene el valor de rastrear lo común de estas concepciones para, a partir de ahí, analizar qué núcleo comparten razonablemente todas ellas y “comenzar a construir” desde ahí. Este núcleo común es, en nuestra opinión, al menos uno de carácter lógico/metodológico que destaca que solo se utilizaría un único *proceso* de atribución de responsabilidad, que compartiría muchos rasgos comunes con independencia de la concepción defendida. Parece que, en este sentido, el propio FRISTER no podría evitar estar de acuerdo con lo que aquí se propone por cuanto ha sostenido (FRISTER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2015, p. 252) que de cara a la fijación de la capacidad de culpabilidad el juez debe “valorar si, y en qué medida, la decisión del autor se alcanzó por medio de un proceso de decisión comparable al de los adultos normales” (vid., en similar sentido, FRISTER, H., *Concepto de culpabilidad*, pp. 74 y ss.). En todo caso, para una detallada exposición crítica de las ideas de este autor, vid. MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 253 y ss.

⁵⁰¹ Por ello, creemos que la crítica que efectúa MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 208, a las concepciones que asocian inimputabilidad y sentimiento de identificación no nos alcanza. Mantiene esta autora que “los problemas en la inimputabilidad no se dan en los casos claros, en los que el hombre normal no se identifica con el claramente enfermo, sino que surgen en los casos límite, y es que es precisamente en relación con estos donde la delimitación del fundamento al que obedece la exculpación se convierte en un criterio hermenéutico imprescindible para poder aplicar las correspondientes exenciones contempladas en los códigos penales”. Nos limitamos, pues, a señalar que los “casos fáciles” encajan sin problema en esta “lógica de la identificación” y que, para los casos difíciles, es preciso suministrar criterios (normativos, como veremos luego) que permitan concretar

prescinde de cualquiera de los elementos apuntados. Una vez más: sobre lo posible se decidirá lo correcto, y no a la inversa.

Igualmente, la existencia de cada uno de los componentes reseñados presupone a su vez la existencia de los demás. No hay comparación sin objetos que comparar. No hay medida comparable sin instrumento de comparación. No hay objetos que comparar si no hay nada que comparar entre ellos.

1. Proceso de comparación

Como se acaba de señalar, el juicio de imputabilidad es intrínsecamente un juicio de comparación. Ello es así por varios motivos. Por un lado, porque la comparación es el *método* por el que discriminamos unas cosas de otras. Es la forma que tenemos de diferenciar. Y la diferenciación es imprescindible cuando queremos resaltar que alguien tiene (o carece de) una propiedad determinada. Es una forma de medir. Es absurdo preguntarse si el miembro de una especie, pongamos por caso, es muy grande o muy rápido si no lo comparamos, por ejemplo, con la especie a la que pertenece, o con el mundo animal en su conjunto. Términos como “mucho” o “poco” son estructuralmente relativos. Solo se puede obtener la verdad de una aseveración como “X tiene mucho dinero” o “Y es muy rápido” comparando el dinero que tiene X con el que habitualmente se tiene o la velocidad de Y con aquella de la que disponemos con carácter general. El proceso de comparación es aquel mediante el que se relacionan las cualidades de un objeto/sujeto con las de otros.

Por otro lado, la comparación es también la *puesta en relación* de un sujeto con el colectivo al que pertenece. Parece que no tendría sentido preguntarse acerca de la capacidad de culpabilidad de un sujeto aislado en la, siempre fructífera para los ejemplos de dogmática penal, isla desierta. La imputabilidad, como veremos a continuación, presupone no solo que un sujeto sea responsable *por algo* que ha hecho, sino también que sea responsable *ante alguien*. En este punto resulta particularmente claro DUFF cuando habla sobre el “componente relacional” de la responsabilidad. Esto es, como él explica,

con quién hemos de sentirnos identificados y con quién no. En todo caso, conviene advertir también, como señala SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, p. 243, que resulta ciertamente complicado (apunta con ánimo crítico, que no necesariamente se comparte aquí) considerar anormal a un sujeto con una inteligencia “aparentemente intacta”. Sucede, pues, que las consideraciones acerca de la anormalidad o normalidad de un concreto sujeto se asocian generalmente a algunas concretas características, la determinación de las cuales resulta extremadamente compleja.

que la responsabilidad no se deja reducir a la idea de que A es responsable por haber hecho X, sino que A, en tanto que B (un determinado estatus), es responsable *ante C* por haber hecho X⁵⁰². Si no hay una entidad ante la que responder (comunidad, Dios, familia, etc.) no se puede hablar propiamente de responsabilidad⁵⁰³.

Por su especial claridad no nos podemos resistir a reproducir aquí un preciso pasaje del autor: “ser responsable (*answerable*) es también ser responsable ante alguien o algo: mi conciencia, Dios, mi esposa o familia, mis amigos o compañeros, mi empleador. Yo soy responsable ante alguna persona u organización solo si ella tiene la posición para pedirme cuentas (*call me into account*). Si yo fallo en mis deberes como profesor, hay varias personas y organismos ante los cuales yo soy responsable —quienes pueden pedirme cuentas con propiedad (para que explique mi fallo, me disculpe por él o acepte la crítica): mis estudiantes, mis colegas, mi universidad. Pero si un extraño supiera de mis errores y me criticara por ellos, yo podría replicarle acertadamente que estos no son asunto suyo —que carece de la posición para que rinda cuentas de ellos. Al responder así no estaría tratando de explicarme, justificarme o disculpar mi actuación como profesor: estaría simplemente rechazando responder por ellos”⁵⁰⁴.

Finalmente, la comparación es un proceso de racionalización. Como corolario de las dos características previamente referidas (método de discriminación y forma de puesta en relación), se puede sostener que comparar es la manera de racionalizar, siempre en la medida de lo posible, la discriminación que se realiza entre un sujeto/objeto y otros.

2. Objeto de referencia

Se señalaba antes que la comparación únicamente puede tener sentido cuando se compara algo *con otra cosa*. En el ámbito de la atribución de imputabilidad (que es un mecanismo

⁵⁰² DUFF, R. A., *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 36. En una línea similar se pronuncia también MAÑALICH RAFFO, J. P., “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, pp. 207 y ss., que destaca que “[p]ara poder ser hecho responsable por un injusto, uno tiene que resultar responsable ante alguien. Y este alguien sólo puede ser la propia comunidad política”.

⁵⁰³ Aunque ese ente puede ser, en lo que a la responsabilidad moral se refiere, uno mismo. De manera parecida, aunque partiendo de muy distintos postulados y llegando a resultados también difícilmente conciliables, BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Nuevo sistema de derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004, p. 127. Estos autores destacan que “la persona dentro del sistema social da respuestas (en la familia, en la escuela, en el trabajo, etc.), su característica es la de responder, de ahí su responsabilidad, porque es un ser que da respuestas en sus interacciones con otras personas. Pero esas respuestas surgen desde la relación social: el niño responde en la escuela porque se le dieron los elementos para leer, escribir, sumar, etc. La respuesta supone siempre a una persona en un determinado ámbito social. Por eso, cuando se plantea la responsabilidad del sujeto a nivel penal, sólo puede contestarse desde la relación entre el sujeto concreto y el Estado específico”.

⁵⁰⁴ DUFF, R. A., *Punishment, Communication, and Community*, p. 185.

de vida en sociedad) la comparación inevitablemente se debe dar con el resto de miembros de la comunidad. Ahora bien, desde un punto de vista sociológico (y no estrictamente jurídico-penal), sería absurdo partir de que la sociedad es solo una, de manera que se pudiera decir, genéricamente, por ejemplo, que los niños *son* inimputables. Los niños son inimputables *en relación con* los adultos como colectivo de referencia. Pero es innegable que cuando el colectivo de referencia no son los adultos, sino los propios niños, estos últimos son perfectamente responsables⁵⁰⁵. Y es por ello por lo que los niños se atribuyen responsabilidad entre ellos, se juzgan y se sancionan (socialmente). Afortunadamente, los niños no cuentan con un sistema como el Derecho penal. Todo esto tampoco nos debe hacer creer que los niños son todos responsables para ellos mismos, pues también ellos comparan y discriminan, siquiera de forma más básica. De tal manera, es absolutamente normal que un colectivo de niños se considere perfectamente responsable y concluyan que los niños sustancialmente menores que ellos, en cambio, no lo son.

En términos más genéricos, las sociedades pueden determinar libremente que su colectivo de referencia (la “persona normal”) se conciba de manera más o menos amplia. Pero ello no es inocuo, como veremos más adelante. Además, como también desarrollaremos luego, en este ámbito nos encontramos, como sucede siempre que hablamos de comparación en Derecho, con el dilema de si debemos comparar con la “persona media-

⁵⁰⁵ Vid., sobre esta relación entre la atribución de responsabilidad y la composición de la sociedad que responsabiliza, PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M., “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 49 y ss. Todo esto, además, tiene también su cierto acogimiento normativo en la LORPM cuando en su art. 5 establece que el artículo 20.1ª CP es también aplicable a los menores comprendidos entre los 14 y los 18 años. Si este colectivo fuera, sin más, inimputable, poco sentido tendría tal remisión. Lo que sucede es que, o bien reconocemos que los mayores de catorce años disponen de las aptitudes para ser considerados responsables y solo limitamos el castigo y sus formas en atención a un criterio político-criminal; o bien, siendo en todo caso inimputables, tiene sentido distinguir todavía más entre ellos, pues los menores que padecen trastornos mentales no son comparables a los menores mentalmente sanos. Partidario de considerar a los menores plenamente imputables se muestra CÁMARA ARROYO, S., “Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 67, 2014, p. 284. Aunque la cuestión es demasiado compleja para tratar de articular una respuesta completa, lo cierto es que a favor de la primera de las tesis se encuentra el hecho de que tanto el Código penal como la LORPM hagan constante referencia a la naturaleza “penal” de la responsabilidad de los mayores de 14 años. Para consideraciones más pormenorizadas, aunque no plenamente compartidas, de este debate, vid. MARTÍN CRUZ, A., *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad por razón de edad*, Comares, Granada, 2004, p. 321 y ss. Vid., en todo caso, sobre las diferencias cerebrales existentes entre adultos y adolescentes (y la eventual repercusión que estas pudieran llegar a tener), POZUELO PÉREZ, L., “Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad”, *InDret*, n.º 2, 2015, *passim*.

estadística” (que es lo que hacen las corrientes positivizantes y médicas) o con la “persona media-normativa” (que parece la tendencia mayoritaria en el ámbito jurídico). La primera tentación de quien persigue la solución justa es acudir a la forma empírica. Y ello obedece a varios motivos: reduce la arbitrariedad, incrementa la seguridad jurídica, admite comprobación empírica, etc. Sin embargo, esta tendencia nos lleva a “patologizar” fenómenos que queremos integrar (no excluir) en el concepto de normalidad. El problema es que, una vez que introducimos filtros normativos a la “imputabilidad empírica”, hemos dejado de buscar al sujeto normal y hemos pasado a construirlo. Ser conscientes de esta realidad es imprescindible para no caer selectivamente en un plano u otro (empírico o normativo) en función de lo que la solución deseada requiera.

3. Propiedad comparada

La comparación no requiere únicamente, como parece obvio, algo con lo que comparar, sino también algo que ser comparado o, con otras palabras, un término de comparación⁵⁰⁶. La elección (más o menos formalizada, más o menos intuitiva) acerca de qué elemento es esencial para ser igual o diferente al colectivo de referencia es sumamente importante. Y, como no podía ser de otra manera, guarda relación con el motivo por el que se realiza la comparación. Por ejemplo, si la comparación se realiza con el propósito de determinar qué perro, entre otros, resulta particularmente amenazante, resultaría ilógico tomar en consideración el color del collar o, en principio, el nombre de su dueño. Lo razonable sería valorar, en cambio, su tamaño, su actitud, etc. Igualmente, cuando tratamos de determinar si un sujeto merece ser castigado por haber cometido una infracción parece absurdo atender al color de piel o al color de sus calcetines y, sin embargo, parece razonable analizar sus capacidades y recursos volitivos, intelectuales, etc.

Pero, aunque en relación con la imputabilidad parece claro que las capacidades volitivas y cognitivas integran el “núcleo” de la decisión (lo que hace que, de una u otra manera, sean una constante histórica en diferentes legislaciones de distintos entornos jurídicos), no está claro qué papel desempeñan otros factores como, por ejemplo, la “inteligencia

⁵⁰⁶ MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 380.

emocional”, “empatía”, etc.⁵⁰⁷. De nuevo, su inclusión como factor relevante es una opción y, de nuevo, su admisión o rechazo no resulta inocua⁵⁰⁸.

Igualmente, la exigencia de una mayor o menor posesión de esta o aquella cualidad (y no solo la selección de una u otra) depende esencialmente del propósito para el que se efectúe la comparación en cuestión. Es decir, uno es igual al colectivo de referencia a unos

⁵⁰⁷ No resulta indiscutido siquiera si, en caso de que las “capacidades emocionales” hubieran de ser tomadas en consideración, serían estas reconducibles a las tradicionales “capacidades cognitivas” o “capacidades volitivas” (ni tampoco, por cierto, si esto tiene en verdad importancia). Así, al abordar la cuestión de la eventual responsabilidad del sujeto que padece una psicopatía y decantarse por la afectación de esta por el trastorno, defiende MATEO AYALA, E. J., *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la existencia de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal español*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003, p. 139, que “las psicopatías inciden sobre el proceso volitivo a través de los afectos”. Añade después que “una valoración de la imputabilidad del psicópata no puede limitarse a un reduccionista análisis de la inteligencia y de la voluntad sino que debe hacerse extensivo a aquellas otras capacidades (afectividad), también emociones, carácter, sentimientos, etc., que de modo directo o indirecto inciden, desde luego, en el proceso volitivo” (p. 342). En un sentido parecido se pronuncia OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 25. Por el contrario, ALONSO ÁLAMO, M., “La culpabilidad jurídica en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad”, en MARAVER GÓMEZ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coords.): *La culpabilidad*, BdeF, Buenos Aires, 2019, p. 39, admitiendo también que las perturbaciones anímicas derivadas de la psicopatía han de tener reflejo en sede de imputabilidad, defiende que no hay inconveniente “para el encaje de las psicopatías en la fórmula del n.º 1 del art. 20. La fórmula habla de quien ‘a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la licitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión’. Comprender, pues, no conocer. La esfera cognoscitiva puede permanecer intacta y, sin embargo, faltar la capacidad de comprensión”. Seguramente en igual sentido, aunque sin referirse en concreto a la psicopatía, quepa interpretar a FRÍAS CABALLERO, J., *Imputabilidad penal*, p. 352, cuando sostiene que “[u]n saber o entender puramente intelectual, un estar informado técnicamente de lo valioso o desvalioso, por ejemplo, de la acción de matar a un hombre, no es todavía aprehender su esencia valorativa, lo que se hace únicamente a través de la adscripción cálida del sentimiento a la idea por medio de la comprensión. Lo decisivo para esto último no es, pues, el simple conocimiento racional (...) sino la participación emocional-volitiva en la valoración ético social que ello deriva”. En una línea parecida y más concreta, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 327, se ha mostrado crítica con el empleo de los parámetros “inteligencia” y “voluntad” de cara a la determinación de la imputabilidad penal; parámetros, por otra parte, que no vendrían impuestos por la legislación vigente (p. 348). Todo ello para, finalmente, defender la trascendencia que el componente afectivo desempeña en todo el proceso motivacional (p. 353). Vid. también, en el mismo sentido, SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, pp. 60 y ss., 117, 129 y ss., 210 y ss., 231 y ss.; y, de manera similar, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 346 y 352. Ofrece igualmente una panorámica completa acerca de la forma en la que los afectos (y otros factores) incidirían en el proceso volitivo CASANUEVA SANZ, I., “Una revisión del concepto de imputabilidad desde las ciencias de la salud. Su compatibilidad con la regulación penal vigente”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, 2014, pp. 31 y ss. y sobre cómo ello influiría a su vez en la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho (pp. 39 y ss.).

⁵⁰⁸ Así, si se consideran relevantes determinados factores emocionales construimos un concepto demasiado ambicioso de sujeto imputable. Ambicioso no en un sentido preventivo, sino en el sentido antropológico-jurídico, ya que se diseña al destinatario normal de las conminaciones penales como alguien que reúne demasiadas características valoradas positivamente; o, dicho de otro modo, alguien “demasiado bueno para ser verdad”. Para mayor detalle, vid. infra, Capítulo IV, epígrafes III, IV, V y VI.

concretos efectos. Así, no se exigirá lo mismo si lo que se trata de determinar es si alguien es igual al colectivo de referencia para obedecer normas penales que para jugar al parchís⁵⁰⁹. En este segundo caso, la actividad se puede llevar a cabo en términos normales con capacidades más limitadas⁵¹⁰.

Estas consideraciones deberían, por cierto, traer a la memoria lo que ya hace aproximadamente un siglo señalara VON LISZT y que, generalmente, se pasa por alto: la imputabilidad no es una variable dicotómica. Todos somos más o menos imputables en atención, no sólo al momento, sino también a qué concreta actividad nos refiramos⁵¹¹. Así, un individuo que sufre de ludopatía no es inimputable para cualquier delito (aunque se le pueda reconocer una cierta merma en su imputabilidad en relación, por ejemplo, con un hurto) porque sus limitaciones afectan solo a un ámbito. Pero tampoco un sujeto que padece una oligofrenia en un determinado grado es inimputable para cualquier delito, pese a que su capacidad sea constante, sino solo para aquellos que requieran unas capacidades de las que el sujeto en cuestión carece (y no todos los delitos requieren las mismas capacidades); ni tampoco, por cierto, todas las modalidades comisivas⁵¹². Que el juicio de imputabilidad no sea, a nuestro parecer, más que un juicio de comparación no quiere decir que este sea sencillo. De hecho, puede alcanzar cotas de complejidad muy altas.

Por todo ello, la propiedad comparada, como ya indicamos, es relativa en cuanto a su selección y en cuanto a su “cantidad” requerida. Depende de a qué efectos se compare y también, como veremos inmediatamente, de sus posibilidades de medición.

4. Instrumento de medición

El proceso de comparación exige algo que comparar con otra cosa. Ello es, sin embargo, imposible si la propiedad que se quiere comparar no puede ser suficientemente medida. Una propiedad de la que no podemos decir si es mayor o menor en un caso u otro no es

⁵⁰⁹ A un niño de doce años podemos reprocharle perfectamente una mala jugada en una partida de parchís (del mismo modo y con idéntica intensidad en que lo haríamos con un adulto), pero no podemos reprocharle una mala decisión bursátil.

⁵¹⁰ Así, apuntaba NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 361, que “[e]s de advertir que los presupuestos valorativos o normativos intervienen aun en la definición del alcance de la inmadurez psicológica; en una sociedad imaginaria (y seguramente deliciosa) en la que el juego fuera considerado la actividad social más importante, probablemente a los niños se los tendría como perfectamente maduros para la inter-relación social”.

⁵¹¹ Así, sostuvo VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., Tomo II, Reus, Madrid, 1914, p. 398, que “[d]ebe admitirse, también, que, en materia de Derecho penal, la capacidad, ora existe, ora falta, en el mismo hombre y en el mismo momento, según se trate de este o de aquel grupo de acciones penales (piénsese, por una parte, en el homicidio, y, por otra, en los delitos contra el Estado)”.

⁵¹² Vid., a este respecto, la STS 968/2009, de 21 de octubre.

idónea para efectuar comparación alguna. Por eso, la selección de una determinada propiedad como apta para una concreta comparación no depende solo de los efectos a los que se deba tal comparación, sino también de que tal propiedad sea suficientemente medible⁵¹³.

La suficiencia de la medición tampoco es una variable constante y se ve modificada, a su vez, por los efectos que se quieran adscribir a la comparación. Dicho con otras palabras: el grado de precisión exigible en la medición de la propiedad depende de las consecuencias que se vayan a imponer tras su toma en consideración⁵¹⁴.

La relación de la capacidad de medición con la determinación de la imputabilidad (o su ausencia) en un determinado sujeto es una constante en la bibliografía. Así, JAKOBS señaló que la declaración de inimputabilidad depende de la existencia de un sustrato médico al que pueda achacarse el conflicto (el delito en cuestión)⁵¹⁵. Esto le valió importantes críticas al considerarse que ello implicaba introducir un criterio eminentemente ontológico en un sistema pretendidamente normativo, lo que suponía una

⁵¹³ En ocasiones, además, la dificultad de medición en el caso concreto hace que el legislador tome una determinada decisión al respecto con vocación de generalidad. Esto es, como señala acertadamente COUSO SALAS, J., *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 320, lo que sucede en relación con los menores. Así, manifiesta que, en ocasiones, no es que “se dej[e] de valorar lo que es justo valorar, sino más bien que el legislador se apropia de la valoración y la estandariza”. Al actuar así “se corre el riesgo de tratar igual a lo que materialmente (desde el punto de vista del criterio valorativo rector de la respectiva categoría) es diferente”, pero “en tales casos es preferible el decisionismo del legislador, que sí garantiza un mínimo de seguridad jurídica y también un mínimo de igualdad, pues se trata de igual a lo que, aunque se intuye diferente, en la práctica parece justo tratar igual, pues no se cuenta con los medios para conocer la diferencia; el trato diferente en estos casos no sería equitativo, sino arbitrario”. Se puede dar entonces, como vemos, la situación de que sepamos qué sería justo valorar y, sin embargo, seamos incapaces de llevar a cabo la correcta constatación del objeto a valorar. En estos casos puede llegar a ser razonable tomar una decisión con pretensión de validez general en lugar de dejar que, en la búsqueda de justicia material, caso por caso, se produzca una mayor injusticia en términos agregados.

⁵¹⁴ Probablemente ello permita, en directa relación con la imputabilidad, entender el proceso penal, entre otras cosas, como un marco en el que trata de precisarse un factor particularmente importante para la adscripción de consecuencias penales. Ello ha hecho que algún autor hable del “diálogo sobre la culpabilidad” que tiene lugar durante el proceso y constituiría uno de sus más básicos cometidos (al margen de la determinación de los hechos). Vid., a este respecto, HAFT, F., *Der Schuld-dialog. Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht*, Alber-Broschur Rechts- und Sozialwissenschaft, Múnich, 1978, p. 11.

⁵¹⁵ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 534. Precisa luego, además, de qué manera criterios como la intensidad del trastorno o su fácil delimitación respecto de la normalidad desempeñan un papel relevante a la hora de determinar si una anomalía merece ser considerada una causa de inimputabilidad.

incoherencia⁵¹⁶. Sin embargo, creemos que cabe entender esta postura en un sentido parecido al que previamente se refirió Art. KAUFMANN cuando hablaba sobre la “historicidad de la culpabilidad” (o, en sentido inverso, cuando efectuaba la crítica de ahistoricidad frente a aquellos que consideraban que en el pasado no se respetaba el principio de culpabilidad en ninguno de sus extremos). El citado autor mantuvo que el concepto de culpabilidad ha cambiado progresivamente porque se han ido adoptando métodos cada vez mejores y ello ha permitido una discriminación de casos más adecuada⁵¹⁷. El juicio de imputabilidad, decía KAUFMANN, no opera en el vacío, sino en el marco del proceso. Y es dentro de las posibilidades que ofrece dicho marco donde puede ser efectivamente practicado⁵¹⁸. Desde este punto de vista, quizás pueda reinterpretarse lo sostenido por JAKOBS no como la introducción de criterios ontológicos en el marco de un sistema normativo, sino como el reconocimiento de que la imputabilidad no es una realidad externa a la sociedad, sino una institución que la misma sostiene dentro de sus importantes, pero aparentemente cada vez menores, limitaciones. En definitiva, una vez más (y en buena medida por causas imputables a la ambigüedad del propio autor) se podrían estar efectuando críticas a un planteamiento puramente *descriptivo* por considerarlo, por el contrario, *prescriptivo*.

⁵¹⁶ En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M., “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, p. 54 y ss. Se muestra crítico también FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, pp. 107 y ss.

⁵¹⁷ KAUFMANN, ART., *Das Schuldprinzip*, p. 219. Pero ello, como también señala STÜBINGER, S., *Schuld, Strafrecht und Geschichte: Die Entstehung der Schuldzurechnung in der deutschen Strafrechtshistorie*, Böhlau, Colonia, 2000, pp. 216, no quiere decir que antes existiera una irrestricta responsabilidad por el resultado, sino articulaciones dogmáticas menos sofisticadas. Los cambios en la estructura social (y también, consecuentemente, en la forma en que el Derecho tiene de operar) han supuesto modificaciones legislativas relevantes. Pero de ello no se deriva que estas nuevas instituciones respondan a nuevas preocupaciones (limitar la responsabilidad por el resultado), sino que pueden tener su origen en tratar de responder a nuevas manifestaciones de las viejas preocupaciones. Cristalinas en este sentido son las palabras de FRISTER, H., *Concepto de culpabilidad*, p. 32, cuando señala que “[e]n el Código Penal imperial de 1871 no había una regulación comparable con la actual §17 StGB [que contempla el error de prohibición en el ordenamiento alemán]; no porque el legislador de entonces hubiera sido de la concepción de que un autor actuaba culpablemente aun cuando no hubiera podido reconocer la antijuridicidad de su obrar, sino porque consideraba obvios las prohibiciones y mandatos jurídico-penales, cuyo conocimiento podía ser presupuesto sin más dada cualquier persona capaz de tomar una decisión autorresponsable”. Esto es algo que ya no se puede dar, sin embargo, por sentado por varios motivos (principalmente: la nueva composición demográfica de la sociedad, la existencia de un enorme e inabarcable aparato normativo y una mayor desconexión entre la socialización ordinaria de los ciudadanos y los contenidos de las normas).

⁵¹⁸ KAUFMANN, ART., *Das Schuldprinzip*, p. 219.

III. Lo fáctico y lo normativo en la imputabilidad

Hasta ahora nos hemos circunscrito a describir, de la manera más aséptica posible, cuáles son los elementos que componen el juicio de comparación que la imputabilidad supone. Aunque lo señalado en las páginas anteriores haya podido parecer durante su lectura obvio, lo cierto es que pretende poner de relieve algo que generalmente se parece sobreentender. El problema de los sobreentendidos es que requieren como condición funcional que todos los participantes en la discusión tengan un mismo conocimiento previo (esto es, que sobreentiendan lo mismo, que dispongan de una “precomprensión común”) y como condición definicional que dicho conocimiento no sea explicitado, por lo que pueden resultar (y así sucede con frecuencia) disfuncionales para la comunicación y provocar que los conceptos no compartan un mismo significado para distintos interlocutores. Creemos que es necesario renunciar a lo sobreentendido y explicitar el mecanismo de comparación para poder explicar debidamente las consideraciones que siguen.

Debemos ahora preguntarnos acerca de si todo este proceso se puede desarrollar atendiendo solo a consideraciones empíricas o si, por el contrario, es ineludible asumir determinadas tomas de postura inevitablemente normativas; en cuyo caso, y a diferencia de lo que propone paradigmáticamente ROXIN, la propia imputabilidad se encontraría imbuida ya en su raíz de criterios normativos, siendo su propuesta de la “asequibilidad normativa” de comprobación empírica insuficiente para describir una realidad social más rica y compleja⁵¹⁹.

Ciertamente, cabe ya indicar que, en nuestra opinión, ninguno de los elementos descritos anteriormente admite una caracterización exclusivamente empírica (o, más precisamente, libre de juicios de valor)⁵²⁰. De hecho, ART. KAUFMANN nos pone sobre la pista del

⁵¹⁹ Vid., para una profundización en su propuesta, ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner. Teil Band I*, pp. 872 y ss. Mantiene también que esta es la verdadera posición del autor alemán, más allá incluso que las manifestaciones que puntualmente él mismo realiza, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 212, que, tras un análisis más pormenorizado de su postura del que aquí se puede ofrecer, concluye que “la imputabilidad se configura en el sistema de ROXIN como una cuestión fundamentalmente psicológica, cuya determinación queda en manos de los peritos, reduciéndose la función del juez a atribuir normativamente libertad cuando el perito haya afirmado previamente la existencia de asequibilidad normativa”. Las consideraciones esencialmente normativas (y preventivas) vendrían después al analizar otros elementos de la categoría roxiniana de “responsabilidad”.

⁵²⁰ Algo que hace que, tal y como ha señalado agudamente PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, pp. 73 y ss., ni tan siquiera la “pretendida concepción psicológica” pueda escapar, en

camino correcto cuando señala que todo proceso de atribución de culpabilidad opera como un proceso de analogía⁵²¹. Así, el carácter analógico del juicio de culpabilidad se deja ver en el hecho de que “el Juez compara al autor consigo mismo (...) o con el comportamiento de otros en circunstancias, conocimientos, capacidades, circunstancias mentales o físicas, situaciones, etc., similares”⁵²². De este modo, siguiendo de nuevo al

verdad, a la necesidad de juicios valorativos. En un sentido similar apunta JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 64. También WÜRFEL, C., *Freiheit als Grundlage der Schuld*, Peter Lang, Frankfurt, 2008, p. 18, sostiene algo próximo cuando manifiesta, por motivos parecidos, que la diferencia entre la concepción psicológica y la normativa es “mucho menos marcada que lo que la cesura conceptual permite suponer”. A la misma conclusión (la relativa continuidad entre ambas concepciones) llega, por un camino absolutamente distinto, MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Societas peccare non potest... nec delinquere”, en BACIGALUPO SAGGESE, S., FEJOO SÁNCHEZ, B. J. y ECHANO BASALDUA, J. I., (Coords.): *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 372 y 408. Para este último autor, efectivamente, el tránsito entre la concepción psicológica y la normativa es más aparente que real, pero ello no se debería (como apuntan las referencias previas) únicamente a que la concepción psicológica se encontrara ya preñada de juicios de valor, sino a que la concepción normativa no podría dejar de valorar precisamente los datos psicológicos sobre los que se erigía la concepción psicológica. De este modo, concluye que “[l]a teoría psicológica no era en ningún sentido menos normativa que las así llamadas teorías normativas”, pero atendía, a diferencia de estas últimas, más explícitamente a los elementos subjetivo-mentales del autor (p. 408). El hecho de que desde puntos de partida tan distantes se arribe a conclusiones tan similares permite seguramente llegar a dos conclusiones. Por un lado, que tales afirmaciones cuentan con un importante aval para declarar su corrección. Por otro lado, y quizás esto sea más interesante a los efectos del trabajo que aquí se presenta, que la polémica tiene más de terminológica que de sustancial porque distintos autores dotan de significados muy variados a un mismo término: “normativo”. Por ello, enredarse en la cuestión terminológica acerca de si la imputabilidad es o no normativa quizás sea una vía muerta para superar la discusión. Es lógico que para explicar el devenir histórico de una disputa doctrinal se simplifiquen las distintas etapas para apreciar más fácilmente los cambios de matices, pero es preciso evitar (como de una u otra forma hacen los autores referenciados en esta nota) que en las discusiones acerca de los contenidos las simplificaciones explicativas suplanten la riqueza de las construcciones reales.

⁵²¹ Desgraciadamente, poco más que intuiciones e impresiones se pueden extraer de lo señalado por KAUFMANN, ART., *Das Schuldprinzip*, en este concreto punto, ya que tal aseveración se encuentra, más allá de otras referencias genéricas, en la última página del apéndice añadido para su segunda (y última) edición, de manera que sus ideas en este punto tienen un muy escaso recorrido (p. 282). Apuntaba allí que “el juicio de culpabilidad se sustenta siempre en una analogía”, ya que la decisión acerca de si un comportamiento ha sido en verdad libre (si el sujeto en concreto podía actuar de modo distinto a como lo hizo) solo podríamos tomarla comparando la situación con otras de nuestra experiencia (p. 282). Posición que complementaría brevemente en unas pocas páginas de un artículo de misma fecha (KAUFMANN, ART., “Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz”, en WARDA, G., WAIDER, H., VON HIPPEL, R. y MEURER, D. (Eds.): *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín, 1976, pp. 29 y ss.). Aborda, sin embargo, toda la cuestión de la relación entre el procedimiento analógico y el Derecho en *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., R. V. Decker und C. F. Müller, Heidelberg, 1982. La perspectiva adoptada en esta monografía es excesivamente abstracta, pues se refiere, de modo genérico, a cómo opera el proceso de analogía en la aplicación e interpretación de todo el ordenamiento jurídico. No obstante, de esta última monografía pueden extraerse también, como veremos, algunas ideas interesantes.

⁵²² KAUFMANN, ART., *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., R. V. Decker und C. F. Müller, Heidelberg, 1982, p. 43, nota 107. En una línea similar parecen encontrarse BOCKELMANN, P. y VOLK, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 111, cuando sostienen que

autor alemán, “la comprobación de la culpabilidad (o responsabilidad) (...) se desarrolla desde siempre y de forma absolutamente necesaria por analogía”⁵²³. Esta idea se sitúa en la línea, evidentemente, de lo que en las páginas anteriores se ha señalado⁵²⁴.

Ahora bien, detenernos brevemente en la institución jurídica de la analogía puede arrojar algo de luz⁵²⁵. Ante todo, se ha de partir de que “la analogía no es ni identidad ni

es la diferencia entre los “normales” y la “minoría de anormales” la que hace que unos y otros “no sean comparables” y que el reproche de la culpabilidad sea excluido en el segundo caso. Pero, en todo caso, ya antes de ellos, VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, p. 397, señalaba esa misma idea, aun partiendo de un concepto de culpabilidad bastante distinto, cuando mantenía que “como nosotros sólo podemos conocer la conciencia de los otros hombres deduciéndola de la nuestra, como sólo podemos presumir, por nuestra facultad de reacción, la de los demás, la semejanza de otro con nosotros, su concordancia con el tipo abstraído por nuestra experiencia, es condición de la imputabilidad. En este sentido la imputabilidad puede definirse como la facultad de determinación normal”.

⁵²³ KAUFMANN, ART., “Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 30.

⁵²⁴ Comparte en algún grado esta opinión, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 380, cuando sostiene que “la culpabilidad, al menos la culpabilidad jurídica, no puede dejar de ser un juicio analógico, una comparación: para valorar un comportamiento desde el punto de vista de si era exigible una actuación diferente es necesario saber bajo qué condiciones es exigible un comportamiento diferente, es decir, es preciso disponer de un término de comparación. Ese término ha de ser necesariamente general en alguna medida, pues se pretende que sea un modelo con el que comparar la infinita variedad de casos particulares. La individualización absoluta en la culpabilidad, es decir, en los criterios que constituyen el término de comparación, no es posible, porque no se puede comparar una cosa consigo misma: cuantas más circunstancias particulares recoja el criterio general, más ajustada será la justicia al caso concreto, pero si llegara a recoger todas y cada una de las particularidades de cada acción, la medida de la culpabilidad se disolvería, identificándose con cada una de las situaciones concretas, desaparecería el término de comparación y con él la posibilidad de declarar culpable a nadie”. Partidaria de estas ideas, aunque de forma algo más comedida, se muestra PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, p. 112, para quien el acierto de sus partidarios reside en “haber sabido ver que en el proceso penal sólo se puede detectar la existencia de culpabilidad mediante un proceso analógico o juicio de referencia”. Se trataría, tal y como apunta la autora más adelante, del “método” para comprobar los elementos que permiten imputar una conducta a su autor (p. 114). También HAFT, F., *Der Schuldiallog*, p. 77, se ha pronunciado en un sentido parecido al mantener que todo el proceso responde a este principio analógico, pues el propósito último reside en comparar unos hechos con otros y unos autores con otros para poder conformar de forma correcta el juicio de culpabilidad.

⁵²⁵ Como ha señalado algún autor (HAFT, F., *Der Schuldiallog*, p. 79), esta no sería la única vía por la que poder iluminar algo estas cuestiones. Es posible que el estudio de la teoría del Derecho angloamericana pudiera aportar algunas observaciones valiosas acerca de esta problemática cuando analiza cuándo (y por qué) se considera que un precedente es vinculante. Esta vía no será, sin embargo, explorada en las próximas páginas por dos motivos. Para empezar, porque el (breve) estudio de la analogía que se ofrecerá resulta más próximo y familiar para el jurista formado en Derecho continental. Pero el argumento esencial es que esa línea de investigación no abordaría más que una subclase de razonamiento analógico. Si la analogía compara normas (materia esencial del Derecho positivo continental), el estudio del precedente vinculante compara resoluciones judiciales (piedra constituyente del Derecho del *common law*). En ambos supuestos se comparan, en todo caso, supuestos de hecho (configurados por el poder legislativo o por el judicial) a unos determinados efectos. Se trataría, pues, a lo sumo, de una vía complementaria de fundamentación que, creemos, aportaría poca (o, seguramente, ninguna) información adicional sobre estas cuestiones.

diferencia, sino ambas”⁵²⁶. La analogía implica, en esencia, aplicar a un supuesto no contemplado la norma que expresamente regula otro supuesto en atención a la existencia de una razón poderosa para ello: que los dos supuestos son equivalentes *en lo que importa*. Debemos preguntarnos si esta es una operación estrictamente técnica o si, por el contrario, admite juicios de valor. Y lo cierto es que una analogía no puede sustentarse sin recurrir a preguntas que atienden a razones. Así, ATIENZA RODRÍGUEZ ha señalado que “el razonamiento por analogía no tiene una naturaleza estrictamente lógica, si se entiende por lógica la lógica formal. En la analogía entra siempre un componente axiológico que es imposible reducir a un sistema de lógica, bien se trate de la lógica formal general, de la lógica deóntica, de la lógica inductiva, de la lógica de probabilidad o de la lógica de lo borroso”⁵²⁷.

Dicho con un ejemplo, aunque el supuesto de hecho A y el supuesto de hecho B sean prácticamente idénticos de ello no se deriva que la norma que rige el primer supuesto pueda aplicarse al segundo. Si el motivo, la razón, de que el supuesto A tenga una determinada regulación obedece precisamente a las características que este presenta y que se hallan ausentes en B, por grande que sea la semejanza en todo lo demás, ello no fundamenta la aplicación de la norma. Del mismo modo sucede a la inversa: puede ser adecuado que la norma de un supuesto rija para otro no contemplado expresamente en él, aun cuando entre ellos no existan muchas semejanzas, pero sí las necesarias para que la *ratio legis* que se esconde tras la resolución del primer supuesto concorra también en el segundo. No se trata, en definitiva, de buscar semejanzas y diferencias, sino de enjuiciarlas⁵²⁸. Dicho brevemente: las semejanzas no hablan por sí solas⁵²⁹. Las características no son importantes *per se*. Lo son solo en atención a un determinado criterio. La delimitación de este criterio es, pues, crucial. Y ello no se puede hacer

⁵²⁶ KAUFMANN, ART., *Analogie und “Natur der Sache”*, p. 19.

⁵²⁷ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”, *Doxa*, n.º 2, 1985, p. 224. En un sentido muy similar, KAUFMANN, ART., *Analogie und “Natur der Sache”*, p. 33.

⁵²⁸ En este sentido (y en expresa referencia a la imputabilidad penal) ha dicho MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 231, que “[e]s evidente que para poder ser inimputable el sujeto ha de ser en algún aspecto desigual a la mayoría de las personas, pero ha de serlo en algún aspecto que previamente se haya justificado como relevante”.

⁵²⁹ Precisamente por eso el Código civil en su art. 4.1 habla de “identidad de razón”. Además, como señala KAUFMANN, ART., “Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz”, p. 30, “la media o lo normal no existen ‘en sí mismas’, sino siempre ‘en relación con’ algo”.

prescindiendo de consideraciones normativas⁵³⁰. Así, en palabras de GÜNTHER, “un mero hecho psíquico no consigue todavía justificar la imputación. Para eso se necesita un argumento normativo con el que se justifique la elección y relevancia de los hechos psíquicos”⁵³¹.

De nuevo explica esto con suma claridad ART. KAUFMANN cuando dice que “el que la mujer y el hombre, el oso y el perro, el avión y el barco sean distintos o parecidos es algo que no se deja resolver lógicamente; a su resolución se llega desde el aspecto desde el que la comparación debe ser realizada. (...) [E]s decisiva la elección de un *tertium comparationis*, bajo el cual pueda ser vista la comparación”⁵³².

Volviendo expresamente al ámbito de la imputabilidad recordemos que son tres los elementos propuestos que componen su “existencia estructural”, esto es, la existencia de una comparación: un objeto de referencia, una propiedad que comparar y un instrumento de medición. Todos ellos requieren, para su correcta configuración, de la admisión de criterios (al menos) correctivos de carácter normativo.

En cuanto a la existencia de una comparación se debe resaltar, para empezar, que esta constituye una de nuestras actividades más cotidianas. Comparamos continuamente. Lo

⁵³⁰ Con todo, en el marco aquí descrito resultan vitales también las aportaciones que desde el ámbito científico se puedan hacer. No se pretende negar aquí la trascendencia de esta clase de conocimientos, sino simplemente describir el entorno en que estos han de ser enmarcados: el proceso de analogía. Así, la clave de bóveda del sistema descrito reside en la toma de decisión sobre qué *debe ser* tratado como igual o como diferente, pero esta decisión presupone un conocimiento suficiente de cómo *son* las cosas. Podemos establecer que B sea tratado como A, pero ello presupone saber antes qué es B y qué es A. Decidir cómo deben ser tratadas las cosas sin preguntarse primero sobre cómo estas son es un planteamiento absurdo. En este sentido seguramente quepa interpretar a KAUFMANN, ART., “Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz”, p. 30, cuando señala que “el hombre medio, como término para [concretar] la capacidad de culpabilidad jurídico-penal, no es una abstracción, pero tampoco una realidad concreta, es más bien un tipo (*Typus*) y en cuanto tal se mantiene con una pierna en el mundo de lo perceptible por los sentidos y con otra en el mundo de lo inteligible”. Y es que, en opinión de este autor, la comprensión analógica de la atribución de responsabilidad sería el puente entre el ser (*Sein*) y el deber (*Sollen*) tantas veces perseguido (p. 30). En idénticos términos: KAUFMANN, ART., “Schuld und Prävention”, en BRODA, C., DEUTSCH, E., SCHREIBER, H. L. y VOGEL, H. J. (Eds.): *Festschrift für Rudolf Wassermann*, Luchterhand, Darmstadt, 1985, p. 893. Es en este punto, pues, en el que cobra especial relevancia el conocimiento científico. Sobre su importancia en la decisión sobre si nos encontramos, o no, ante un caso análogo a otro cuando enjuiciamos un supuesto, vid. ALBRECHT, P. A. “Unsicherheitszonen des Schuldsstrafrechts”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, pp. 214 y ss.

⁵³¹ GÜNTHER, K., *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Klostermann, Frankfurt, 2005, p. 73.

⁵³² KAUFMANN, ART., *Analogie und “Natur der Sache”*, p. 36.

hacemos cuando cruzamos una calle y un coche se acerca (comparando, entre otras cosas, su velocidad y la nuestra para calcular las posibilidades de ser atropellados). Lo hacemos cuando mantenemos una conversación en un lugar ruidoso (comparando el sonido de nuestra voz y el del entorno para calcular la intensidad necesaria para hacernos oír). Lo hacemos cuando creemos identificar a un conocido en la distancia (comparando su cara con aquella que recordamos). La comparación es un mecanismo psicológico poderoso que persigue el éxito (ya sea de la supervivencia, la comunicación, etc.). Se encuentra presente en todas nuestras actividades. Podríamos decir, entonces, que la comparación *es*. Existe, como mecanismo psicológico, con independencia de consideraciones morales. Ahora bien, esto vale para hablar de la comparación en general. Cuando descendemos a la comparación en concreto entramos de lleno en el ámbito de la toma de decisiones.

Hemos de decidir, por ejemplo, qué factores son relevantes para la comparación; algo que, si bien en las comparaciones sencillas ya hemos integrado de manera automática, no hemos hecho, ni haremos (ya que requieren una actividad deliberativa) en las más complejas. En el juicio de imputabilidad, que es objeto de estudio en estas páginas, hemos de decidir (y todas las sociedades lo hacen) la importancia de las diferencias que se pueden constatar. Así, se decide si la raza, el sexo, la orientación sexual o la bonhomía son elementos esenciales del “nosotros” con el que la sociedad se identifica. Con este paso elegimos qué propiedades son relevantes y, simultáneamente, configuramos el colectivo de referencia. Dicho de manera más clara: decidimos qué es normal a determinados efectos y qué no lo es. Construimos el concepto de normalidad y señalamos los rasgos relevantes para ser considerado responsable⁵³³. Con precisión decía NINO que “nuestra definición e identificación de no atribuibilidad presupone ciertos esquemas normativos que constituyen modelos de normalidad”⁵³⁴.

Resultan, pues, de extraordinario interés las consideraciones de PAUEN en este punto. Este autor sostiene que, efectivamente, el concepto de

⁵³³ KAUFMANN, ART., “Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz”, pp. 29 y ss. En una línea similar se manifiesta también DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad*, pp. 85 y 221. En un sentido parecido seguramente se pueda entender a MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 337, cuando señalan que “no hay culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás (...) es, pues, la sociedad o mejor su Estado representante (...) quien define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad”.

⁵³⁴ NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 361.

culpabilidad tiene como tarea esencial diferenciar⁵³⁵. Diferenciaci3nes que pueden tener por objeto personas o situaciones. De este modo, oponiéndose a las cr3ticas que asedian al concepto de culpabilidad desde las neurociencias y algunos sectores dogmáticos, señala que “si dejáramos de hablar de culpabilidad, tampoco podríamos seguir hablando de inocencia”⁵³⁶. Es, en definitiva, la calificaci3n como culpable de lo ordinario (lo com3n), lo que permite hablar de la inocencia en los supuestos extraordinarios. Estos planteamientos encajan perfectamente con el procedimiento anal3gico que aqu3 defendemos, pues la analogía no es más que un método de discriminaci3n justificada: tratar igual lo igual y diferente lo diferente.

De esta manera, el proceso de comparaci3n se encuentra impregnado desde la raíz de consideraciones valorativas. Por ello, no se puede pretender que la imputabilidad se erija en una entidad científico-aséptica simplemente constatable. No se puede comprobar la normalidad de un sujeto sin tener en cuenta cómo se define a sí mismo (y lo hace atendiendo a motivos) el colectivo de referencia. La pregunta, pues, no es qué es normal, sino qué es normal a determinados efectos en una concreta comunidad. La atribuci3n de responsabilidad dice tanto acerca del sujeto a quien se atribuye como del colectivo que la asigna.

Igualmente, en atenci3n a la selecci3n de valores relevantes, se debe indicar lo siguiente: prácticamente nada es relevante en sí mismo. La importancia de algo (de una capacidad, por ejemplo) depende casi siempre de una comunidad de referencia. No hay apenas capacidades intrínsecamente valiosas. El “valor” es un término esencialmente relativo. El enunciado “X es valioso” es con frecuencia, valga el oxímoron, totalmente incompleto. Solo tiene sentido si se desarrolla. “X es valioso para el fin Y”, siendo “Y” una de esas pocas realidades que consideramos intrínsecamente valiosas. Las declaraciones sobre el valor de una propiedad dependen, pues, del previo valor asignado al fin al que sirve. Todo esto es, sin duda, relevante a efectos de la imputabilidad. Hay un sustrato fáctico que hacemos valioso (mediante una decisi3n social) porque a su vez es positivo para otra realidad que se reputa asimismo valiosa. En consecuencia, el núcleo de la imputabilidad no puede estar predefinido. Depende de los deseos y necesidades de la sociedad. Una

⁵³⁵ PAUEN, M., “Keine Unschuld ohne Schuldbegriff”, en ROTH, G., HUBIG, S. y BAMBERGER, H. G. (Eds.): *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, Múnich, 2012, p. 77.

⁵³⁶ *Ibíd.*, p. 77. Insiste más adelante en la idea al señalar que “la renuncia a este concepto no llevaría solo a la supresi3n de la culpabilidad, sino que aboliría la distinción entre inocencia y culpabilidad” (p. 83).

sociedad que se conforme con que los sujetos atiendan a razones instrumentales no valorará la empatía como valiosa a efectos de imputabilidad. En cambio, si considera que la relación empática con los conciudadanos es valiosa, deberá tener esta en cuenta. Hemos de ser, sin embargo, cautelosos en este ámbito, pues las sociedades tienden a promover aquellos conceptos de normalidad que consideran valiosos, de manera que se entra de lleno (se quiera o no) en la promoción de la virtud por parte del Estado; adentrándonos, así, en el marco de una moralidad perfeccionista. Una posición medianamente liberal en la materia requeriría, como veremos más adelante, un concepto pobre de normalidad; uno que tome en consideración pocos elementos y que no “patologice” cualquier desviación del patrón fijado; uno, en definitiva, que asuma determinadas rarezas como una opción libre que no distancie al “raro”, en lo que importa, del ciudadano normal.

IV. La imputación de responsabilidad en comunidades simples: la “imputabilidad animal”

Resulta habitual que en la discusión jurídica aparezca, en contextos más o menos formales, la cuestión de si determinados animales particularmente desarrollados en el plano cognitivo podrían llegar a ser considerados jurídicamente responsables. Esta cuestión, sin duda interesante, no será abordada aquí (con independencia de que, *de facto*, responsabilicemos de algunas formas a determinados animales de muchas de sus conductas; basta tener o haber tenido una mascota para ser consciente de ello).

El objeto de las próximas páginas, aunque emparentado con el anterior, es ciertamente distinto. Es nuestro propósito sugerir ahora que algunas especies animales responsabilizan a sus propios miembros y que, de hecho, la *estructura* de su juicio de imputación de “capacidad de culpabilidad” es similar a la de los seres humanos. Así se verá reforzada la tesis de que el *núcleo esencial* de la atribución de responsabilidad es la comparación (más o menos sofisticada en atención a las posibilidades cognitivas y técnicas de cada colectivo).

El punto de partida es muy básico: *ubi societas, ibi ius*. El célebre adagio pone de relieve una verdad no fácilmente rebatible: la pervivencia de una sociedad requiere normas que establezcan sus instituciones. Difícilmente podrá negarse, por otro lado, que determinadas especies animales (particularmente algunos monos y simios) conforman auténticas sociedades. Fuertes jerarquías, vínculos “interpersonales” (valga la expresión) y distribución de funciones son algunos de los elementos característicos de estas

comunidades. Un nivel tal de organización (por básico que sea) requiere, para funcionar correctamente, normas⁵³⁷. Estas normas para constituir un auténtico “ordenamiento” penal precisarán una conducta prohibida, una sanción aplicable y un proceso establecido⁵³⁸. Ninguna de estas normas demanda necesariamente una forma escrita. Así, por ejemplo, cuando el macho alfa de cualquier comunidad de monos o simios agrede a otro macho de rango inferior por pretender a la hembra que “le corresponde” podemos apreciar los tres tipos de normas: conducta prohibida (adelantarse al macho alfa en el cortejo de hembras), sanción aplicable (agresión del líder) y proceso establecido (ya que el hecho de que sea el macho alfa quien aplique la sanción no es más que una norma de atribución de competencia). A esto se podría replicar sencillamente que lo que hace el macho alfa no es aplicar Derecho, sino “aplicar un hecho”: el de su fuerza y su dominio. Sin embargo, esta apreciación, creemos, sería errónea, como veremos más adelante⁵³⁹.

La “piedra de toque” para saber si se habla de fuerza o de Derecho probablemente sea la de localizar casos en los que el “portador de la fuerza” no la ejerce en determinados supuestos de forma habitual cuando, en principio, podría tener buenos motivos para

⁵³⁷ No verlo así puede ser fruto de un importante sesgo antropocéntrico; sesgo que, por otra parte, se encuentra muy presente en toda la doctrina penal. A modo de ejemplo, de manera frontalmente contraria a lo que aquí se sostendrá, defendía WÜRTEMBERGER, T., “Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft“, en VOGLER, T., HERRMANN, J., KRÜPELMANN, J., MOOS, R., TRIFFTERER, O., LEIBINGER, R., SCHAFFMEISTER, D., MEYER, J. y HÜNE, P. (Eds.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 44, que lo que nos diferencia en verdad de los animales es la capacidad de regir nuestros comportamientos (activos y omisivos) a través de normas. La “afectación del comportamiento humano por las normas” (*Normbetroffenheit menschlichen Verhaltens*) sería, para este autor, precisamente el rasgo distintivo de nuestra especie.

⁵³⁸ HASSEMER, W., *¿Por qué castigar?*, pp. 35 y ss.

⁵³⁹ Es cierto, en todo caso, y resulta obligado reconocerlo, que el debate es en verdad mucho más complejo de lo que aquí se podrá dar cuenta, pues nos remite ni más ni menos que al concepto mismo de Derecho. El debate a este respecto ha ocupado a algunas de las mejores cabezas de la filosofía jurídica y sería ridículo pretender terciar en él por nuestra parte. En todo caso, valga apuntar con BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del Derecho*, p. 20, que “[e]l problema de la normatividad del derecho puede entonces ser representado también como el consistente en explicar de qué modo están relacionados dos conceptos o sentidos en los que hablamos de ‘normas’ o decimos que ‘existe una norma’: las normas, por un lado, como *fenómenos sociales* de los que puede decirse que tienen una duración en el tiempo, que existen en tal o cual grupo pero no en otro, que han sido creadas o que han dejado de existir, etc.; y las normas como *juicios de deber* que se utilizan en razonamientos prácticos justificatorios de acciones y decisiones”. Si bien en el primer sentido no tendríamos problema en hablar de Derecho en comunidades animales avanzadas, en el segundo, ciertamente, la cuestión se complicaría bastante. En todo caso, es preciso no confundir “razonamiento práctico” con “razonamiento complejo” o con, permítase, “autorracionalización del razonamiento”. Sería perfectamente posible, y puede que suceda en el caso que nos ocupa, que se dieran “razonamientos prácticos” extraordinariamente sencillos.

hacerlo y una posibilidad más que considerable de salir beneficiado con su empleo. Cabría entonces decir que un mono o un simio aplica o respeta el “Derecho vigente en su comunidad” cuando pudiendo emplear la fuerza para ser beneficiado, se autolimita (en su perjuicio inmediato)⁵⁴⁰. Esto, evidentemente, no quiere decir que los primates más evolucionados organicen toda su vida en torno a un sistema normativo, lo que sería absurdo. Pero a lo que sí apunta es a que en circunstancias de normalidad adecúan sus conductas a determinadas pautas básicas preestablecidas y reconocidas por los miembros de su comunidad. En cambio, en circunstancias de peligro (agresiones de miembros ajenos a la comunidad, escasez de alimentos, etc.) responden del mismo modo en que el ser humano lo hace: aparta el Derecho ordinario y aplica la violencia (si puede)⁵⁴¹.

A continuación, propondremos tres tipos de supuestos que apuntarían en la dirección de que las comunidades de monos y simios más evolucionadas cuentan con un “sistema” (obviamente no tan refinado como el humano) de atribución de responsabilidad y que responde, además, a parecidos patrones. Para empezar, veremos cómo entre las comunidades de este tipo de animales se muestra una mayor transigencia con las crías. Es

⁵⁴⁰ Esta afirmación, por supuesto, merece importantes matizaciones porque la “autolimitación” no tendría por qué remitirse al Derecho como motivo para la conducta. Podría ser, por ejemplo, un incipiente sentimiento de empatía o de justicia (desconectado, en principio, del propio “ordenamiento”) el que llevara a algunos de estos animales a no perseguir su más inmediato beneficio. Sin embargo, si la objeción frente a la tesis defendida en estas páginas reside especialmente en la clara “animalidad” del “miembro de la comunidad” (dicho en otros términos: en lo tan distintos que son a “nosotros”) probablemente fuera más sencillo aceptar que este simplemente actúa por condicionamiento, porque “conoce” que su acto será, en algún modo, respondido de forma no especialmente beneficiosa. Al fin y al cabo, nadie duda de que animales con un sistema nervioso mínimamente desarrollado puedan actuar con base en el estímulo-respuesta. Negar esto por la vía de dar cabida a emociones, sentimientos y procesos mentales más complejos no solo no merma convicción al argumento, sino que lo hace más fácilmente compatible con concepciones del Derecho más exigentes de la que tácitamente se está mostrando aquí.

⁵⁴¹ A todo lo que se acaba de comentar se podría contraponer la idea de que se está confundiendo “Derecho” con “costumbre”. Y es posible que en alguna medida efectivamente suceda. Lo que ocurre es que en comunidades primitivas (también humanas) no resulta tan sencillo escindir ambos conceptos. Solo si requerimos forma escrita al Derecho, lo que ciertamente no parece que estemos dispuestos a asumir, se pueden deslindar ambos terrenos con alguna solvencia. En caso contrario, diferenciar costumbre (que practican los miembros de la comunidad y que a la vez les vincula) de Derecho (que implica la imposición de una nueva costumbre o el respeto a una costumbre anterior) se vuelve una tarea de excesiva complejidad, probablemente porque entre una y otro no haya tantas diferencias. Parece claro, en todo caso, que ni siquiera en el supuesto especial del Derecho penal las exigencias de la forma escrita resultan irrenunciables; basta un breve vistazo al Derecho comparado para constatar esto. Lo que se esconde tras la exigencia del principio de legalidad es, entre otras cosas y con algunos importantes matices, la demanda de una garantía de certeza (vid. CORRECHER MIRA, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 336 y ss., 435 y ss. y 621 y ss.); certeza que se puede ofrecer, en ocasiones en mayor medida, mediante procesos que nada tienen que ver con la forma escrita.

decir, se permite que estas cometan “infracciones” que, de haber sido perpetradas por un espécimen de mayor edad, le hubieran acarreado una fuerte censura. Veremos también cómo estas comunidades no aplican sus mismas normas a los “otros” (miembros ajenos al grupo) y se opta por la huida o la violencia. Finalmente, analizaremos algún caso, particularmente interesante para el objeto de este trabajo, de exención de responsabilidad por parte de la comunidad a miembros que padecen algún tipo de “discapacidad psíquica”.

1. Inimputabilidad por “menor edad”

Parece una constante de carácter natural el que, al menos en las especies animales que viven en comunidad, se permita a las crías llevar una vida al margen de las “normas de convivencia” que rigen para los adultos⁵⁴². Como es lógico, desde su nacimiento, las crías pasan a formar parte de algo que de tratarse de seres humanos llamaríamos sin problema alguno “proceso de socialización”; esto es, un proceso de cierto tiempo por el que la cría comienza a entender cuál será su rol en la comunidad, qué puede hacer y qué no, etc. De esta forma, y de modo progresivo, la cría va incrementando su estatus hasta alcanzar el que le corresponde a un macho o a una hembra adulta. Un estatus que conlleva mayores beneficios, pero que también implica ser tratado como uno más (también en lo que respecta a las “sanciones” del grupo)⁵⁴³.

Es evidente, entonces, que los simios y monos adultos comprenden que algo los diferencia de sus crías. Pero no sólo eso. Resulta obvio también que atribuyen a esa diferencia una consecuencia: un trato más benévolo en caso de que cometan infracciones. Es decir, constatan una diferencia fáctica y le atribuyen una consecuencia *social*. Además, realizan

⁵⁴² Así, a modo de ejemplo, señala GOODALL, J., *En la senda del hombre*, Salvat, Barcelona, 1986, p. 133, refiriéndose a chimpancés, que “por lo general, los adultos demuestran una tolerancia ilimitada en lo que respecta a los pequeños”. Igualmente, explica que “durante el cuarto año de su vida, la atmósfera de tolerancia en que ha crecido hasta ese momento el chimpancé comienza a cambiar gradualmente. Sus juegos se hacen más y más violentos y los adultos tienen ahora menos reparos en amenazarlos si no se comportan debidamente” (p. 138).

⁵⁴³ DE WAAL, F., *El bonobo y los diez mandamientos: En busca de la ética entre los primates*, Tusquets Editores, Barcelona, 2014, p. 179, expone con claridad todo lo dicho cuando sostiene que “a diferencia de las tendencias prosociales, que comienzan a tener un papel significativo a edad temprana, la obligación normativa aparece bastante tarde. Hasta el altamente jerárquico macaco Rhesus se muestra increíblemente tolerante con los inmaduros. En los años ochenta hice experimentos consistentes en privar de agua a una gran tropa de monos durante unas horas, después de lo cual volvía a llenar su bebedero. Todos los adultos iban a beber por orden jerárquico (...) pero los pequeños de menos de un año se dejaban ver por el bebedero siempre que querían. Bebían junto a los machos de más alto rango y se mezclaban libremente con la familia de la matriarca. El castigo no entraba en escena hasta el segundo año, y pronto aprendían cuál era su lugar”.

también una valoración, si bien es cierto que un tanto tosca, sobre la entidad de tal diferencia; de forma que, conforme crece la cría, más intensos son los reproches que le hacen. En definitiva, constatan una realidad, efectúan una valoración de la misma y atribuyen una consecuencia. Esto, aun en forma primitiva, muestra semejanzas con la forma de proceder en las comunidades humanas en relación con los menores.

2. Inimputabilidad por “diferencias esenciales”

A falta de una mejor etiqueta, denominamos aquí “diferencias esenciales” a aquellas que son perceptibles de forma rápida y sencilla. No hablamos ahora de déficits en la constitución física o psíquica de un determinado sujeto, sino de la propia pertenencia “natural” de ese individuo al colectivo en cuestión; esto es, la diferencia biológica que hace que hablemos de especies distintas. Hasta donde alcanzamos a ver no se ha registrado algo similar a la inclusión en una comunidad, por ejemplo, de chimpancés de un animal de diferente especie que se someta a sus mismas reglas y adquiriera un concreto estatus dentro de la sociedad en cuestión. En estos supuestos, las reacciones de la comunidad pueden ser, en esencia, de tres tipos: tolerancia/indiferencia (si el otro animal no supone una amenaza, pero tampoco una molestia, o quizás incluso reporte algún beneficio en una suerte de relación simbiótica), agresión (si este es percibido como una amenaza a la que se puede hacer frente o una molestia) y huida (si se le reputa amenazante y no susceptible de enfrentamiento)⁵⁴⁴.

En estos supuestos, la comunidad desplaza su “sistema normativo” (o, si se prefiere, sus “normas de convivencia y jerarquía”) para emplear la fuerza o la indiferencia, algo que no difiere en nada de lo que hacemos los humanos. Entendemos que los animales no son destinatarios válidos de nuestras expectativas y, o bien los ignoramos (una paloma en la calle), o bien nos defendemos de ellos o huimos (un perro salvaje en el monte). El motivo de este desplazamiento normativo es intuitivo y fácilmente comprensible: el animal no forma parte de nuestra sociedad (ni siquiera entendiendo esta de forma muy laxa). Igualmente reaccionaríamos ante un “Mowgli” criado toda su vida en la selva⁵⁴⁵. Y, de

⁵⁴⁴ Estas mismas respuestas daría una comunidad de chimpancés a animales procedentes no ya de otra especie distinta, sino también de otra comunidad de chimpancés, por lo que la “diferencia esencial” podría ser descrita de forma negativa como “clara no pertenencia al colectivo a simple vista”.

⁵⁴⁵ Para situaciones de esta naturaleza podría ser aplicable el art. 20.3ª CP, que dispone que se considerará exento de responsabilidad penal a quien “por sufrir alteraciones en la percepción desde el

hecho, así reaccionamos progresivamente cuando más diferentes nos sentimos de personas procedentes de otras culturas u ordenamientos jurídicos. Sentimos que cuanto más tenemos en común con alguien más fácilmente compartiremos una pacífica convivencia en sociedad. La determinación, pues, de qué es lo que nos hace distintos o parecidos (también culturalmente) emerge como criterio de inclusión y exclusión social.

3. Inimputabilidad por “anomalías psíquicas”

Hasta el momento se han establecido dos criterios de exclusión de responsabilidad en comunidades animales avanzadas: el “no son de los nuestros” y el “se trata de una cría”. Sin embargo, entendemos que la posible heterodoxia del planteamiento ofrecido pueda generar cierta susceptibilidad frente a él o, incluso, abierto rechazo. Se podría esgrimir que ninguna de las dos situaciones descritas tiene que ver con el Derecho porque el Derecho no es solo una praxis, sino también (y fundamentalmente) una fuente de motivos (razones) dignos de ser reconocidos y atendidos⁵⁴⁶. Y podría mantenerse que los animales no son capaces, por sus limitaciones cognitivas, de atender a estos motivos.

Esta última idea no es, sin embargo, compartida aquí por varios motivos. Para empezar, porque sí cabría definir la praxis descrita como atenta a motivos (sí bien, como es lógico, ni expresamente formulados, ni democráticamente prescritos). Ello explicaría, por ejemplo, la censura a la que se somete a quien “castiga” a una cría (que es, además, defendida por toda la comunidad). La explicación de la defensa de la cría y la censura del agresor solo se encuentra (y creemos no caer ahora en un sesgo antropocéntrico) en la idea de que el agresor *no debía* haber hecho eso. Además, de negar la relevancia social (jurídica) de la exención de responsabilidad en atención a la limitada capacidad cognitiva de los chimpancés o bonobos, por ejemplo, deberíamos descartar también la evidente atribución de responsabilidad social que tiene lugar entre niños, al menos hasta que estos superen el umbral cognitivo del chimpancé o el bonobo (y recordemos que estos pueden en algunos casos, por ejemplo, aprender a comunicarse a través de decenas de símbolos)⁵⁴⁷.

nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad” o la figura del error de prohibición.

⁵⁴⁶ Vid. supra, nota 539.

⁵⁴⁷ Desde luego, una comparación de las capacidades cognitivas de unas especies y otras se antoja extremadamente compleja por todo orden de razones (en particular, metodológicas y epistemológicas). En todo caso, resultan de sumo interés aquellos experimentos que empezaron a desarrollarse en la década de los años setenta del pasado siglo acerca de la capacidad lingüística de distintas clases de simios. Vid., sobre ello, SAVAGE-RUMBAUGH, S. y LEWIN, R., *The Ape at the Brink of the Human Mind*, John Wiley and Sons, Nueva York, 1994, pp. 33 y ss. Alguno de estos experimentos parecen apuntar en la dirección de que determinadas especies, particularmente los bonobos, son capaces de

Pese a todo, para tratar de incrementar las posibilidades de que la tesis aquí defendida (algunos animales atribuyen también responsabilidad en atención a un juicio de comparación) sea asumida, se ofrece a continuación el ejemplo más llamativo de todos. Esto es: un ejemplo de cómo determinadas comunidades animales excluyen también la responsabilidad de sus propios miembros cuando estos presentan una evidente “discapacidad intelectual”.

La locura, la enfermedad mental o la oligofrenia son seguramente, junto a la ya tratada infancia, las causas más antiguas por las que los humanos nos disculpamos entre nosotros⁵⁴⁸. Parece de sentido común que, como los niños, aquellas personas que carecen de una capacidad cognitiva o volitiva suficiente no respondan por sus actos del mismo modo en que lo hacen quienes cometen una infracción en pleno uso de sus (normales) capacidades. De este sentido común participan también monos y simios:

“Azalea era una mona rhesus trisómica: tenía tres copias de un cromosoma, como ocurre en el síndrome de Down humano. Otra similitud era que había nacido de una madre que superaba el límite de edad fértil normal de las hembras de macaco. Criada en el seno de una gran tropa en cautividad, Azalea tenía un importante retraso en el desarrollo motor y la aptitud social. Cometía errores garrafales de lo más incomprensibles, como amenazar a un macho alfa. Los macacos rhesus no se lo piensan a la hora de castigar a cualquiera que rompa las reglas, pero a Azalea se le permitía casi todo, como si los otros monos supieran que ningún escarmiento iba a cambiar su ineptitud”⁵⁴⁹.

Es este caso, al menos hasta donde alcanzamos a ver, uno sumamente excepcional. No hay registros de supuestos similares. La desgracia es que no podemos constatar si tal excepcionalidad reside en que habitualmente no se dispensa este trato a ejemplares discapacitados o en que no es fácil registrar tales situaciones. En el caso de Azalea, recordemos, se trataba de una situación de laboratorio (casi literalmente) al encontrarse en cautividad, lo que hacía, por ejemplo, que los miembros de la comunidad no tuvieran problemas de alimento ni de seguridad. Con toda certeza, en el ámbito natural un ejemplar

emplear un lenguaje de símbolos razonablemente amplio incluso para expresar intenciones (pp. 141 y ss.) y, en algunos supuestos, “comprender” el significado de hasta 150 palabras cuando las escuchan. Desde luego, la capacidad de expresión mediante *un* lenguaje no es el único indicador posible de capacidad cognitiva, pero parece difícil negar que se requieran unas ciertas capacidades básicas de este tipo para llevar a cabo con tanto “éxito” esta clase de actividades.

⁵⁴⁸ Vid., al respecto, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 25 y ss.

⁵⁴⁹ DE WAAL, F., *El bonobo y los diez mandamientos*, p. 102.

con tal discapacidad no podría sobrevivir, por lo que el estudio se vuelve imposible. O, imaginando que pudiera hacerlo, la necesidad de supervivencia de la comunidad recortaría el margen de tolerancia frente a Azalea. ¿No recuerda de nuevo esto a las respuestas humanas?

4. Breves conclusiones parciales

A lo dicho a lo largo de las páginas anteriores se podría replicar fácilmente del siguiente modo: es natural (y no hay nada de normativo en ello) que todas las especies del mundo animal apliquen una suerte de principio de “igualdad comparativa”. Es decir, hay una cierta *tendencia natural* a tratar igual lo que es igual y desigual lo que es distinto. Probablemente ello no obedezca más que a meros instintos de supervivencia. Ahora bien, ello supondría pasar por alto el hecho de que toda comparación (también aquella inherente al juicio de imputabilidad subjetiva) tiene “algo” de *normativa*. Entre dos chimpancés cualquiera (como entre dos hombres o mujeres cualesquiera) existen infinitas diferencias: altura, peso, fuerza, longitud de un brazo, mayor o menor oscuridad en el pelaje, ojos más o menos grandes, etc. La lista acabaría únicamente allá donde acabase nuestra imaginación. Es cierto que la comparación como medio de toma de decisiones se encuentra presente en múltiples lugares. Sin embargo, lo que supone un juicio normativo (en mayor o menor medida) es determinar qué diferencias son relevantes y a qué efectos. Un chimpancé no atribuirá valor al tamaño de las orejas de otro chimpancé que no respete una norma, pero sí se lo atribuirá a su edad o rango. Un macaco no atribuirá valor al tono del pelaje de su compañero cuando este se adelante en su turno de comida, pero sí lo hará al hecho de que este padezca alguna “discapacidad psíquica” evidente. Un ser humano no atribuirá relevancia a la raza de otro ser humano que delinca (o no debiera hacerlo), pero sí al nivel de alcohol en sangre que presente en esos momentos.

Que la comparación como “método” de toma de decisiones existe parece innegable. Que la adopción de un criterio concreto no se puede justificar únicamente en un “ser” también lo es. Las diferencias entre sujetos existen con independencia de lo que los sujetos piensen sobre ellas. Ahora bien, atribuir consecuencias a esas diferencias no es una mera constatación. Es algo más; es una decisión. Diferencias hay muchas. Cuáles son relevantes y cuáles no depende exclusivamente de un criterio que no se puede anclar en el mundo natural, sino que requiere una justificación (más o menos elaborada) de carácter normativo.

En definitiva, es probable que se discrepe profundamente de la interpretación de los hechos y de las conductas sociales de determinados animales que hemos efectuado. Sin embargo, pensamos también que pese a la diferente perspectiva que se adopte se debería admitir que “algo” hay de cierto en lo aquí sostenido. Y ese mínimo compartido nos sitúa ante un escenario ciertamente complejo.

Se puede negar, y sería ciertamente discutible, que lo que hemos denominado “juicio de imputabilidad” entre monos y simios sea un juicio *auténticamente* normativo. Pero difícilmente se puede rechazar que sea, al menos, el germen de un posible juicio de tal naturaleza. Si ello es así, la pregunta es inevitable: ¿cuándo la distinción que una sociedad realiza de sus miembros y a la que atribuye consecuencias sociales deja de ser “natural” para ser “normativa”? Y si pudiera demostrarse antropológicamente que nuestros antecesores procedían de igual modo, entonces, ¿el “mismo proceder” (infinitamente más refinado hoy en día) sería entonces fáctico y ahora normativo? Lo que convierte al “juicio fáctico” (nótese la evidente tensión entre ambos términos) en “juicio normativo” ¿es la mera (auto)consciencia de la forma en que se procede? Porque si la distinción entre juicios de una y otra naturaleza reside exclusivamente en tomar decisiones colectivas acerca de cómo afrontar determinados fenómenos, entonces, como sospechamos, no somos *en esto* tan distintos de los macacos.

V. Las causas de inimputabilidad como selección de la diferencia

Llegados a este punto, posiblemente podamos profundizar más y mejor en lo que la inimputabilidad supone. Hemos dicho, ahora muy resumidamente, que la imputabilidad se obtiene de un proceso de comparación entre “nosotros” y los “otros” y que este proceso se encuentra muy instaurado en la psicología profunda del ser humano y también en las comunidades de animales no humanos más desarrolladas socialmente. Indicábamos también que, por mucho que este proceso se lleve a cabo de forma natural y pese a que se encuentre prácticamente allí hacia donde se dirija la mirada, lo cierto es que no cabe la comparación sin juicios de valor. Comparar es contrastar dos fenómenos o propiedades sobre las que previamente se ha decidido su importancia para algún efecto o consecuencia. Sin esta decisión previa, la comparación no solo se vuelve absurda, sino también imposible. Entre los seres humanos hay infinitas diferencias. Solo la decisión acerca de su mayor, menor o nula importancia hace operativa la comparación.

Esto nos posiciona frente a lo normativo del concepto de imputabilidad, esto es, frente a aquello que no nos viene natural o empíricamente dado y sobre lo que tenemos que tomar ineludiblemente una decisión. Sin este elemento normativo no hay comparación posible. Dicho muy a grandes rasgos: imputar es decidir lo que importa⁵⁵⁰.

Es una constante indicar que en las distintas sociedades de diferentes épocas las capacidades cognitivas y volitivas han sido siempre el eje de discusión. De ello no se desprende, empero, que “lo natural” o “lo necesario” sea remitirse siempre a estos ámbitos, lo que sería demasiado simplificador. Ello por tres motivos:

1.º Hasta donde se alcanza a ver, todos los ordenamientos jurídicos asumen situaciones excepcionales en las que no se requiere ninguna capacidad cognitiva o volitiva específica para responsabilizar al autor del delito en el concreto momento de su comisión. Son los casos de *actio libera in causa*, ya se entienda esta desde el modelo de la imputación extraordinaria o desde el modelo de la tipicidad⁵⁵¹. ¿En qué casos puede resultar de aplicación esta institución? ¿Hasta qué punto es posible remontarse? ¿Cabe una suerte de “culpabilidad por la conducción de la vida” o “por el carácter”? Todas estas preguntas no admiten una respuesta que se remita a la naturaleza. Requieren una toma de decisión social que, de hecho, cambia continuamente. Es cierto que, se caracterice como se caracterice esta peculiar forma de imputación, no podría derivar en una responsabilidad objetiva y que, para evitar esta, antes o después habrá que remitirse a las capacidades cognitivas o volitivas del sujeto, aquellas que hacen “suya” (y no de la fatalidad) la acción por la que se le responsabiliza. Sin embargo, cómo de extenso sea el régimen de excepción determina necesariamente la trascendencia que se conceda a estos factores.

2.º Al margen de ello, una cuestión actualmente discutida es la de definir qué son capacidades cognitivas y volitivas. La denominación no prejuzga el contenido, pues no hay una entidad psicológica que se corresponda perfectamente con los conceptos de

⁵⁵⁰ Así, sostiene MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 379, que “la culpabilidad es una instancia en la que se seleccionan como relevantes para determinar la responsabilidad algunos de entre los múltiples factores que inciden en el comportamiento de las personas”.

⁵⁵¹ Una sintética, pero clarificadora, aproximación a estos modelos y otros minoritarios se puede encontrar en SILVA SÁNCHEZ, J. M., “A vueltas con la *actio libera in causa*”, *InDret*, n.º 4, 2016, *passim*. Vid., sobre el concepto y la estructura de la imputación extraordinaria, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 26 y ss. y, en particular sobre la estructura de la *actio illicita in causa*, pp. 143 y ss.

“capacidad cognitiva” o “capacidad volitiva”. Se debe decidir qué factores integran ambos conceptos, lo que no resulta tan sencillo como a primera vista pudiera parecer. No puede equipararse capacidad cognitiva a “inteligencia”, ni capacidad volitiva a “auto-control”⁵⁵². Por ello, la remisión a ambos como elementos sustentadores de la imputabilidad carece de firmeza y precisión⁵⁵³. No cabe delimitar adecuadamente una institución (en este caso, la imputabilidad) acudiendo a conceptos cuyo contenido es discutido y discutible. Al final, termina por tratarse de la referencia a un mero eslogan. Es una constante espacial y temporal que los juicios de imputabilidad se remitan de una u otra forma a las capacidades cognitivas y volitivas, pero no es una constante (más bien todo lo contrario) la forma en que se han caracterizado ambas entidades.

Trascendental en los últimos años, por ejemplo, ha sido la cuestión de qué papel juegan las emociones en la responsabilidad penal, particularmente la empatía. Ya sea por su inclusión en el concepto de “capacidad cognitiva” (por integrar una “inteligencia” en un sentido más rico del tradicional), ya sea por su consideración junto a esta⁵⁵⁴. Su admisión o rechazo no es algo que venga predeterminado ni por la ciencia, ni por la sociedad, ni por la función que la norma o el Derecho deba cumplir. Es una decisión sobre “lo debido” dentro de “lo posible”⁵⁵⁵. Y su trascendencia práctica no es precisamente menor (resulta esencial, por ejemplo, para la determinación de la responsabilidad del psicópata)⁵⁵⁶.

⁵⁵² En términos muy similares, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 327 y ss.

⁵⁵³ En un sentido parecido, aunque prestando atención justo al problema inverso (a la solución del problema y no al problema mismo), señala MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 66, que “es imprescindible encontrar el término de comparación, en este caso un concepto como el de hombre medio, que es un concepto vacío en tanto no se hagan visibles las propiedades que en un determinado momento se atribuyen a ese modelo”.

⁵⁵⁴ Vid. supra, nota 507.

⁵⁵⁵ Así, señala acertadamente FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?: manifiesto contra los abusos de la psiquiatría*, Ariel, Barcelona, 2014, p. 141, que “muchos (tal vez la mayoría) asesinos políticos y asesinos en masa se sitúan en la difusa frontera que separa a la gente rara de la legalmente loca. Dependiendo del punto de vista, pueden ser calificados razonablemente como extremistas políticos o religiosos violentos o como psicóticos delirantes. Los testimonios contradictorios de los peritos psiquiátricos en ambos sentidos se anulan siempre mutuamente. En última instancia, considerar locos o malvados a esos individuos es una decisión social, no médica”. De forma jurídicamente más refinada, pero en el mismo sentido, sostiene DEMETRIO CRESPO, E., *Fragments sobre neurociencias*, pp. 144 y ss., que “[e]l Derecho penal ‘se juega’ buena parte de su sentido y fundamento en la contraposición entre maldad y enfermedad, así como en la delimitación entre normalidad y anormalidad, y los parámetros que usamos para definirlos. Me permito sugerir que una delimitación de este tipo no puede venir dada exclusivamente por las ciencias naturales sino que está histórica y culturalmente condicionada”.

⁵⁵⁶ Vid., al respecto, PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Psicopatía y Derecho penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 45, 2017, pp. 84 y ss.

3.º Finalmente, de poco sirve una remisión genérica a las capacidades cognitivas o volitivas requeridas para ser considerado imputable si luego no se establece el *quantum* necesario para ello. Uno no es inteligente y dispone de un gran autocontrol o todo lo contrario. Es una cuestión de grado y, como tal, requiere que la concreta fijación de su cuantía sea también razonable y razonada. Se trata de algo, en definitiva, sobre lo que cabe tomar distintas decisiones legítimas en atención a diversas finalidades⁵⁵⁷. Además, como ya se apuntó antes, es erróneo concebir la capacidad cognitiva o volitiva como una medida estática que, de ser alcanzada, convierte al autor en imputable para cualquier delito que cometa. Cada delito (y cada modalidad comisiva) puede requerir una “cantidad” de capacidad diferente⁵⁵⁸. No se debe requerir la misma capacidad para ser responsable de un homicidio, de un hurto, un delito de daños, un delito contra la flora o de un delito de fraude de fluido eléctrico, por la sencilla razón de que lo ilícito de cada uno de estos delitos se desprende con distinta facilidad de la propia estructura social; en definitiva, porque no todo ilícito es igualmente fácil de comprender⁵⁵⁹. El establecimiento de la “cota de capacidad mínima” correspondiente a cada delito es también algo sobre lo que cabe discutir y que puede admitir medidas diversas.

De todo lo dicho no cabe derivar, sin embargo, que quepa la posibilidad de prescindir de las capacidades cognitivas y volitivas como criterios relevantes a la hora de asignar

⁵⁵⁷ En palabras del reputado psiquiatra FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?*, pp. 33 y ss., “utilizando el paradigma del test psicológico, podemos comparar a las personas con mucha precisión, pero no hay forma de decidir si hay que trazar la línea entre la normalidad y la anormalidad en el 2,5% o el 25% de la población”.

⁵⁵⁸ En este sentido resulta de gran interés la STS 968/2009, de 21 de octubre, que señala que a la hora de determinar la inimputabilidad de un sujeto que padece una oligofrenia “se debe relacionar el posible conocimiento y conciencia del hecho y de su significado con su ‘mayor o menor elementabilidad y facilidad para advertir su ilicitud’”. Posteriormente, determina que en el asunto enjuiciado la responsabilidad de la acusada “en el delito más grave, abuso sexual continuado cometido por un tercero en la persona de la hija menor, deriva de no haber evitado, pudiendo hacerlo, que aquél cometiera el delito, participación por omisión, dada su posición de garante en base al deber de toda madre de velar por su hijo (art. 154 C. civil), lo que denota una participación que no deja de ser compleja jurídicamente, con dificultad para advertir su ilicitud”; razón que determinaría la aplicación de la eximente incompleta.

⁵⁵⁹ Estas consideraciones, por cierto, encajan especialmente bien con la plasmación legal de la inimputabilidad en nuestro ordenamiento. Así, el art. 20.1º CP dispone que estará exento de responsabilidad “[e] que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. El precepto se remite, así, al hecho cometido, por lo que no debería haber problema alguno en admitir que determinados hechos (o, más bien, su ilicitud) requieran de unos conocimientos mayores o menores. El Código penal se remite para fijar la inimputabilidad, entonces, no a un determinado estándar de capacidades, sino a aquellas que sean precisas para comprender la ilicitud de cada uno de los comportamientos prohibidos.

responsabilidad penal. Son, sin duda, elementos necesarios⁵⁶⁰. De hecho, seguramente sean, incluso, elementos imprescindibles para poder decir que la acción cometida es una acción de su autor y no de la naturaleza. Lo que sostenemos es que su grado de delimitación y exigencia es enormemente contingente. Optar, entonces, entre las distintas posibilidades en atención a concretos criterios es a lo que llamamos aquí juicio normativo: elegir un deber ser entre la diversidad del ser⁵⁶¹. Y además, mantenemos también que atender solo a estas capacidades y no también a otras es, igualmente, una decisión, no una necesidad⁵⁶².

⁵⁶⁰ Acertadamente, en este sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Societas peccare non potest... nec delinquere”, pp. 387 y ss.

⁵⁶¹ De esta opinión parece discrepar, en todo caso, FRISTER, H., *Die Struktur des "voluntativen Schuldelements"*, p. 162, para quien esta capacidad de “delimitación cuantitativa” no convertiría en normativo el concepto de “capacidad de imputación”. En la misma línea se ha manifestado, con algunos importantes matices, MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Societas peccare non potest... nec delinquere”, pp. 406 y ss. Esta discusión es más bien terminológica, por lo que no merece la pena entretenerse en exceso en ella ahora. Se debe señalar, sin embargo, que, como se ha apuntado en las páginas anteriores, cuando nos referimos a la imputabilidad no hablamos solo de una “delimitación cuantitativa”, sino también de la selección de factores y de la atribución a ellos de una mayor o menor trascendencia. Por ello, creemos, por el contrario, que le asiste plenamente la razón a PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, p. 107, cuando defiende la posición opuesta. Por su claridad, transcribiremos la cita en su integridad, pese a su extensión, “[c]aracterística de la imputación como culpable de una conducta a su autor es la especificidad de las circunstancias a considerar y de los criterios de la valoración de las mismas. La elección de las circunstancias y criterios de valoración supone una decisión normativa plasmada en los Códigos penales. Los Códigos penales contienen disposiciones sobre la concurrencia de determinados requisitos para la declaración de culpabilidad y recogen supuestos en los que se entiende excluida la culpabilidad. Estas disposiciones implican que la decisión normativa ha sido tomada, que, a partir de ese momento, al intérprete compete averiguar cuándo concurren los requisitos o los supuestos de exculpación. Como la forma de describir legalmente estos supuestos no es clara ni taxativa, la averiguación de su concurrencia va a suponer de nuevo la valoración de los requisitos (p. ej., de concurrencia de un error de prohibición invencible o de la capacidad de culpabilidad); en esa medida tampoco la concurrencia de una causa de inculpabilidad se constata, sino que se imputa (p. ej., se imputa el desconocimiento invencible de la prohibición o se imputa enajenación mental). El resultado será la atribución-declaración de culpabilidad o inculpabilidad-exculpación y, por tanto, la afirmación de responsabilidad penal o la afirmación de irresponsabilidad”. En un sentido parecido se pronuncia MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 217 y ss.

⁵⁶² A este respecto, conviene recordar con MANSO PORTO, T., *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 31 y ss., que “[l]a imputación de culpabilidad no se reduce a una mera constatación de datos empíricos, ni tampoco a una pura ficción, sino que es resultado de un proceso descriptivo-normativo. El derecho elabora sus propios conceptos desde un profundo entendimiento de la sociedad para los que éstos son concebidos. Así, por ejemplo, ya el hecho de que un niño de 12 años sea definido como sujeto penalmente incompetente, no puede calificarse como una cuestión ontológica, sino que es el resultado de una construcción jurídica de la persona, que no ha de tener validez para todas las épocas ni para todas las sociedades. La cuestión a plantear es más bien la relación en la que se encuentran lo empírico y lo normativo”.

Por todo ello, creemos que cuando MOLINA FERNÁNDEZ insiste en la idea de que la atribución de responsabilidad no puede escapar razonablemente a las referencias de carácter psicológico (a los elementos subjetivo-mentales del sujeto imputado) sostiene algo completamente cierto, pero *parcialmente* vacío⁵⁶³. Datos psicológicos hay muchos y su selección (cuantitativa y cualitativa) implica ya, como el propio autor reconoce, juicios de valor. Por ello, efectivamente, tiene razón MOLINA FERNÁNDEZ cuando sostiene que no se debe discutir que la imputabilidad se asienta sobre datos psicológicos, pero sí es lícito discutir (y esto es algo que hay que poner en primer plano) sobre qué datos debe hacerlo. Así, acierta cuando señala que “el término culpabilidad no es una mera carcasa vacía, que puede llenarse de cualquier forma”⁵⁶⁴. Pero lo cierto, sin embargo, es que no es más que una carcasa a medio rellenar⁵⁶⁵. De este modo, como ha quedado apuntado, las concepciones psicológicas y normativas de la culpabilidad no son, en el fondo, tan distintas⁵⁶⁶. Las primeras no se han encontrado nunca libres de juicios de valor y las segundas nunca han prescindido (por convicción o por necesidad funcional) de los estados psicológicos.

La cuestión es, entonces, más terminológica y de matiz que sustantiva. Buena prueba de ello es que, probablemente pese a lo que ambos autores mantendrían, la postura de MOLINA FERNÁNDEZ no es *esencialmente* distinta de la de un normativista convencido como CANCIO MELIÁ. Este último autor mantiene que, en relación con la imputabilidad, “existen numerosos filtros normativos que se superponen a la realidad individual-fáctica que se pretende que está en la base de las eximentes o atenuantes en este campo”⁵⁶⁷. Esto explicaría por qué en momentos históricos distintos el *uxoricidio* ha merecido un diferente tratamiento jurídico o por qué en lugares diversos la intoxicación alcohólica puede

⁵⁶³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Societas peccare non potest... nec delinquere”, pp. 387 y ss.

⁵⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 407 y ss.

⁵⁶⁵ Y un vaso medio lleno dice poco acerca de su propio contenido. Si de un vaso sabemos que hasta su mitad está relleno, por ejemplo, de un refresco de cola, pero no conocemos nada acerca del resto, no sabemos todavía si el mismo es solo un refresco o un combinado alcohólico. La diferencia no es menor.

⁵⁶⁶ *Vid. supra*, nota 520.

⁵⁶⁷ CANCIO MELIÁ, M., “Psicopatía y Derecho penal”, p. 276. Al respecto, *vid. también* CANCIO MELIÁ, M., “Partial Defences Due to Loss of Control and Diminished Responsibility under Spanish Criminal Law”, en REED, A. y BOHLANDER, M. (Eds.): *Loss of Control and Diminished Responsibility: Domestic, Comparative and International Perspectives*, Ashgate, Farnham, 2011, p. 351.

suponer una exención de la responsabilidad o una agravación de la misma⁵⁶⁸. Difícilmente se podría establecer una correlación entre la afectación físico-empírica de la mente de un sujeto y el lugar o el momento histórico en el que este se encuentre si todos los demás factores permanecen idénticos, por lo que la explicación, efectivamente, habrá que buscarse en otra parte. Si a ello le añadimos, como hace CANCIO MELIÁ, que, en todo caso, “en una sociedad como la nuestra, invadida por la imagen del mundo que generan las ciencias naturales, no puede ser indiferente un nuevo conocimiento acerca del funcionamiento del cerebro, como no lo sería un nuevo conocimiento de las leyes de la física en general” comprobamos que la distancia entre unos postulados y otros no es tanta como en ocasiones se quiere hacer creer⁵⁶⁹. Ambos autores (ambas corrientes doctrinales) requieren de una realidad sobre la que proyectar juicios de valor. La diferencia entre un proceder y otro es, por tanto, enteramente gradual: se concede mayor o menor peso a uno u otro elemento⁵⁷⁰. En definitiva, parece que, como dijera PÉREZ MANZANO, “la culpabilidad tiene una componente fáctico-empírica y no puede concebirse y delimitarse de forma totalmente normativa, como si el derecho penal en el que se integra y al que fundamenta, y el sujeto al que se atribuye, fueran entes ideales sin ningún referente fáctico. Pero ciertamente, la culpabilidad tiene naturaleza normativa, pues es un juicio de atribución en el que incide, al menos, la propia comprensión social de la *persona* como

⁵⁶⁸ CANCIO MELIÁ, M., “Psicopatía y Derecho penal”, pp. 276 y ss. En particular, sobre el distinto régimen jurídico que para el consumo de alcohol y drogas se puede establecer y sobre las diferentes consecuencias jurídicas que diversos ordenamientos le atribuyen, vid. MARTÍNEZ GARAY, L., *Consumo de drogas y responsabilidad penal*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2005, passim.

⁵⁶⁹ La cita procede de CANCIO MELIÁ, M., “Psicopatía y Derecho penal”, p. 279.

⁵⁷⁰ Por ello, aquellas discusiones bizantinas sobre si la culpabilidad está en la cabeza del autor o en la del enjuiciador, o sobre si hay que distinguir el objeto de valoración de la propia valoración del objeto y demás debates similares tienen más valor literario que práctico. Por supuesto que la culpabilidad está en la cabeza del juez (o mejor, de la sociedad, del ordenamiento jurídico) si con ello se quiere decir que no hay nada en la cabeza del autor que ontológicamente se corresponda con la culpabilidad (pero, hasta donde se nos alcanza, nadie mantiene, al menos expresamente, un postulado de este tipo en la actualidad). Pero igualmente, también es cierto que la culpabilidad está en la cabeza del autor si con ello se quiere decir que el “juicio de culpabilidad” se proyectará (de forma *mediata o inmediata*) sobre propiedades radicadas en ella, algo que, también hasta donde se nos alcanza, nadie niega. Por otra parte, claro que se puede distinguir entre el objeto de la valoración (las propiedades psíquicas del sujeto) y la valoración del objeto (el enjuiciamiento de ellas conforme a unos concretos parámetros). Pero sucede, sin embargo, que denominar “culpabilidad” a una cosa u otra no evita que ambas sean imprescindibles para la condena (o absolución) de un sujeto, que es, por cierto, el sentido que tiene tal concepto: discriminar los casos “merecedores” de pena de aquellos que no lo son. Por ello, si para el proceso de discriminación se requieren ambas fases, poco importa a estos efectos que demos nombres distintos a cada una de ellas u ofrezcamos una denominación común a ambas. En todo caso, vid., como muestra de los debates de esta naturaleza en los que profusamente se embarca en ocasiones la dogmática, BAUMANN, J., *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1979, pp. 147 y ss.

sujeto de dicha atribución”⁵⁷¹. La cuestión es, pues, determinar *cuánto* de fáctico y de normativo hay y no, como a veces parece que se pretende, establecer *si* hay algo de fáctico o de normativo.

Así, aunque seguramente tenga razón ACHENBACH cuando señala que “la pregunta acerca de si la culpabilidad tiene un contenido material o es un puro juicio recorre la historia dogmática del concepto jurídico-penal de culpabilidad como un hilo rojo”⁵⁷², lo cierto es que las respuestas que se han dado siempre a esta pregunta no son tan diferentes como se suele pretender.

Ahora bien, pese a todo, es preferible proseguir con la caracterización de la culpabilidad (y, lógicamente, también de la imputabilidad) como un juicio normativo⁵⁷³. Las concepciones psicológicas ponen el acento en la ineludible cuestión de cuál es la “base del reproche”⁵⁷⁴. Las normativas, por el contrario, atienden esencialmente al carácter del juicio de culpabilidad *como* reproche. Las primeras pueden, quizás, ganar en precisión y ser, si se quiere, más intuitivas. Sin embargo, al atender prioritariamente al aspecto psicológico-individual se desplaza el foco de la cuestión que, para una sociedad (y su ordenamiento jurídico), debe ser más importante: que no castigamos a alguien por algo que hay en *él* (por los *hechos*), sino que lo hacemos por algo que *nosotros* queremos o necesitamos (por nuestras *decisiones*). Es preferible hacer énfasis en el carácter normativo de la culpabilidad (reconociendo que tiene algunos costes y peligros), pues reporta una ganancia fundamental: poner en el centro del debate la necesidad de que la sociedad se

⁵⁷¹ PÉREZ MANZANO, M., *Doxa*, p. 475.

⁵⁷² ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 222.

⁵⁷³ Y ello pese a que, como el propio MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, pp. 726, nota 209, ha señalado, “[l]a ‘normativización’ se ha convertido en el Derecho penal moderno en una especie de varita mágica para sortear problemas. Basta con decir que algo es normativo y no ontológico para que, de forma misteriosa, desaparezcan las dificultades”. Es cierto que la normativización es en (muchas) ocasiones un recurso oscuro con el que algunos autores escapan de problemas relevantes. Sin embargo, no creemos que esta oscuridad sea censurable por esconder “la realidad”, como parece indicar el autor citado. Consideramos reprochable el recurso a un normativismo vaporoso porque rehúye las necesidades de fundamentación (inevitablemente normativa) que toda decisión en el ámbito de la argumentación jurídico-penal requiere. Dicho de otro modo, en ocasiones a la palabra “normativo” se emplea como recurso fácil para no entrar a discutir el *contenido* normativo que se debe someter a escrutinio.

⁵⁷⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Societas peccare non potest... nec delinquere”, p. 408.

justifique cuando castiga a un individuo culpable. Se desplaza así el acento desde *él* a *nosotros* y hemos de valorar no solo *su* decisión, sino también la *nuestra*⁵⁷⁵.

En consecuencia, cuando analizamos, por ejemplo, una determinada anomalía psíquica no cabe derivar, sin más, su relevancia a efectos penales. Que exista una diferencia es una cosa, que sea una diferencia relevante, otra bien distinta. Como señala MARTÍNEZ GARAY, “si la presencia de una incapacidad psíquica es razón para exculpar a la persona es porque la propia incapacidad se considera ‘merecedora’ de esa exculpación, lo cual obedece a consideraciones de valor o preventivas, pero, en todo caso, a un juicio de merecimiento o de adecuación a fines”⁵⁷⁶.

En definitiva, cuando como sociedad atribuimos responsabilidad a un sujeto determinado, este ejercicio de imputación dice tanto de ese concreto individuo como de nosotros mismos⁵⁷⁷. Se pasa a concebir al individuo de una determinada forma, pero la sociedad “descubre sus cartas” y evidencia qué es lo que le importa a ella. Al definir a qué sujeto se dirige y en qué términos lo hace, define también cuál es el tipo de sujeto que la compone y a cuál no quiere en su seno sin trazar al menos alguna clase de cesura. La atribución social o jurídica de responsabilidad dice lo que el sujeto es social o jurídicamente, pero también qué clase de sociedad u ordenamiento lleva a cabo tal procedimiento.

VI. Excurso: el elemento temporal del juicio de imputabilidad

Es innegable que las capacidades del sujeto (y la correlativa valoración que de ellas hacemos) son dinámicas y que sufren cambios con el transcurso del tiempo. Estas alteraciones son, como es lógico, jurídico-penalmente relevantes. El ordenamiento atiende a estas modificaciones, pero no lo hace de la misma manera para todas ellas y

⁵⁷⁵ Quizás así quepa interpretar a DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad*, p. 142, cuando sostiene que “la culpabilidad no se fundamenta en la naturaleza libre del hombre, sino en un acto de decisión colectiva que establece que en determinadas condiciones a un sujeto se le considera culpable y se le impone una pena. Este acuerdo no es un acto de la razón sino un acto de voluntad basado en el consenso”.

⁵⁷⁶ MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 75.

⁵⁷⁷ Quizás así quepa leer a KINDHÄUSER, U., “Culpabilidad jurídico-penal”, p. 231, cuando sostiene que “[e]n cierto modo, los ciudadanos del Estado se miran al espejo cuando establecen los criterios bajo los cuales ellos han de quedar vinculados o exonerados en su rol de destinatarios de normas”.

discrimina en atención a criterios que no han sido del todo bien estudiados y que han recibido, en ocasiones, inmerecidas críticas.

En este sentido, es importante dejar ya sentada la incorrección (o impropiedad) del extendido término “inimputabilidad sobrevenida” (incorrección que no solo implicaría problemas de carácter conceptual, sino que podría llegar a incidir en la forma en la que entendemos la imputabilidad *stricto sensu*). El problema, entonces, puede obedecer a pasar por alto el sencillo hecho de que la imputabilidad penal atiende solo al momento de comisión del hecho delictivo (o a uno inmediatamente anterior en estructuras como la *actio libera in causa* si son interpretadas de conformidad con el modelo de la excepción)⁵⁷⁸. Esto es así porque, desde una perspectiva jurídica (que es la que aquí nos interesa) la “imputabilidad” no es más que la etiqueta que da cabida a un conglomerado de condiciones y elementos que consideramos relevantes para, primero, legitimar la imposición de una pena y para, en segundo lugar, dar entrada a otra serie de consideraciones internas (sistemáticas) del ordenamiento penal (participación, legítima defensa, etc.).

Cuando se analizan correctamente las dos versiones de la “inimputabilidad sobrevenida” (aquella que acontece durante la tramitación del procedimiento, y que se encuentra contemplada en el art. 383 LECrim, y aquella que tiene lugar durante la ejecución de la pena, cuya regulación se encuentra en el art. 60 CP) se aprecia que su constatación tiene finalidades muy distintas de las que asignamos a la imputabilidad penal *stricto sensu*⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Vid., sobre esta conexión temporal entre el momento de comisión del delito y el juicio de imputabilidad, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 74 y 124.

⁵⁷⁹ Los preceptos mencionados tienen el siguiente tenor literal. El art. 383 LECrim establece que “[s]i la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluido que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo”. Por su parte, el art. 60 CP dispone que: “1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código. 2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no

La idea de merecimiento, especialmente, no responde nunca a circunstancias sobrevenidas. El merecimiento (o reproche, o plena atribuibilidad; en este caso es indiferente optar por una u otra caracterización) es, este sí, un juicio estático y lo que venga después en nada lo afecta⁵⁸⁰. Es por ello por lo que, inicialmente, cabría pensar ya en un tratamiento en algún grado diferenciado para estos diversos supuestos de “inimputabilidad”.

En este sentido, el ordenamiento jurídico cuenta con un diseño lo suficientemente racional en este ámbito (fruto probablemente más del mero azar que de un diseño cuidadosamente planificado) como para no obviar la realidad dinámica de las capacidades psíquicas y tratar de dar respuesta a la enorme variabilidad que pueden presentar las condiciones del autor con posterioridad a la comisión del hecho delictivo. Así, la “inimputabilidad procesal” (en el sentido del art. 383 LECrim) conlleva el archivo del proceso hasta que “el procesado recobre la salud” y se asocia, de forma más o menos estrecha, con la idea de “capacidad procesal” y “tutela judicial efectiva”. El mensaje es, dicho brevemente, muy claro: si la eventual imposición de una pena (reacción prevista para el imputable que delinque) pende sobre ti, debes saber a qué te enfrentas y poder defenderte de ella⁵⁸¹. Es cierto que la “capacidad procesal” parece faltar también en el sujeto que es inimputable en el momento de cometer el delito (y con posterioridad) y algunos autores consideran que el hecho de que en estos casos sí se desarrolle el procedimiento constituye un

hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente”.

⁵⁸⁰ Cuestión bien distinta es, sin embargo, que hechos posteriores a la comisión del delito puedan tener relevancia a la hora de precisar la pena concreta que resulte apropiada; es este el campo de discusión de las atenuantes postdelictivas. Algunas de ellas, paradigmáticamente la atenuación por dilaciones indebidas, pretenden legitimar la reducción del castigo con referencia a factores externos de muy difícil asociación con la idea de reproche o merecimiento por el hecho cometido. Otras, como la atenuación por reparación del daño o por confesión, pueden tener un fundamento algo distinto. En ellas, y seguramente en otras que puedan ser derivadas del art. 21.7ª CP, puede llegar a ser posible sostener que el merecimiento del castigo (imputación del demérito) pueda llegar a verse compensado por la atribución de una conducta valiosa que, en alguna medida, siquiera parcialmente, compense el reproche inicial. Ahora bien, tal compensación no pone en cuestión que el merecimiento de castigo por el hecho cometido tenga como referencia el momento de la comisión del delito, todo lo contrario: lo presupone (en caso contrario no sería necesario efectuar compensación alguna).

⁵⁸¹ Cuestión distinta es que, de acuerdo con la unanimidad de la doctrina, se deba rechazar la posibilidad de imponer las medidas de seguridad que en dicho precepto se contemplan (sin juicio, ni delito alguno). Vid., al respecto, SANZ MORÁN, A. J., “Relevancia procesal de la inimputabilidad”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.): *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*. Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 619.

infundado agravio comparativo⁵⁸². Sin embargo, creemos posible encontrar una diferencia relevante (aunque es difícil determinar hasta qué punto) entre el juicio al inimputable (para quien no se discute la imposición de una pena, aunque no entienda el procedimiento) y el juicio al imputable devenido “loco” (que no entiende el proceso, pero a quien se le podría condenar a una pena supeditada, eso sí, a su recuperación)⁵⁸³. La existencia de la potencial imposición de una pena (siquiera eventual) podría, quizás, considerarse un elemento suficiente para justificar, o al menos matizar, las críticas que se le hacen a la diferente regulación de uno y otro supuesto⁵⁸⁴.

Algunos autores han sugerido que en estos casos (inimputabilidad sobrevenida durante la tramitación de la causa) lo apropiado sería que el ordenamiento jurídico estableciera la opción de proseguir el procedimiento con la posibilidad de que este finalizara con la imposición de una medida de seguridad⁵⁸⁵. Se defiende de este modo un tratamiento

⁵⁸² Así lo sugiere SANZ MORÁN, A. J., “Relevancia procesal de la inimputabilidad”, p. 618, quien señala que “no termina de entenderse por qué es bueno archivar la causa, dada la incapacidad sobrevenida del sujeto para comprender el sentido del proceso conducente a la imposición de una pena, mientras que se finge una capacidad procesal inexistente *ab initio*, cuando ‘sólo’ se ventila la imposición de una medida”. Con todo, señala con acierto URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, pp. 280 y ss. (nota 25), que “conviene desterrar la idea en virtud de la cual inimputabilidad y ausencia de capacidad procesal se asimilan. Por el contrario, se trata de conceptos de perfiles diferentes, tanto en relación al momento de su determinación (...) como en su propio contenido (un sujeto inimputable puede ostentar capacidad procesal, en el sentido de entender que el juicio se dirige contra él y de articular su defensa)”. Algo que apunta también el propio SANZ MORÁN, A. J., “Relevancia procesal de la inimputabilidad”, pp. 613 y ss., que comenta, en todo caso, que “nuestro sistema legal opera más bien con la ficción de la plena capacidad procesal del inimputable, a fin de dotar de garantías la imposición de medidas de corrección o de seguridad que puedan venir en consideración” (p. 614).

⁵⁸³ El carácter terapéutico, en definitiva, tutelar, que acompaña a la medida de seguridad para inimputables puede legitimar que estos se vean expuestos a procesos cuyo alcance no comprenden. El hecho de que lo que se pretenda sea asistir a estos individuos y ayudarlos a alcanzar una mayor autonomía probablemente sea motivo suficiente para despejar dudas y suspicacias, pues en caso contrario no quedaría muy clara, además, cuál debería ser la alternativa.

⁵⁸⁴ Así, no nos parece adecuado el planteamiento de URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, pp. 276 y ss., de proseguir el juicio en estos supuestos (cuando se constate la capacidad procesal) para acabar aplicando el art. 60 CP. En primer lugar, porque supone la derogación material de lo dispuesto en el art. 383 LECrim que lo primero que hace es ordenar el archivo y solo después adoptar una medida que se encontraría constitucionalmente proscrita y, en consecuencia, sería inaplicable. Pero especialmente porque la potencial amenaza de la pena requiere un sujeto especialmente capaz en el juicio, de manera que, sin equiparar inimputabilidad y ausencia de capacidad procesal, sería más prudente reservar la imposición potencial de pena a aquellos sujetos que se hallaran en pleno (o casi pleno) uso de sus facultades.

⁵⁸⁵ Creemos que en este sentido cabe entender la propuesta de SANZ MORÁN, A. J., “Acerca de las medidas cautelares personales aplicables a los sujetos inimputables autores de un delito”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 42, 2016, p. 7, de establecer “un auténtico *status* legal del inimputable (lo sea en el momento del hecho o con posterioridad) sometido a un proceso penal”, y también la tesis defendida por URRUELA MORA referida en la nota anterior.

“simétrico” para el inimputable que comete el delito y para el imputable que antes del juicio carece ya de tal condición. Sin embargo, en contra de lo que pudiera parecer en un primer acercamiento, esta solución no sería del todo adecuada. En una lógica ciertamente razonable, nuestra legislación penal requiere que para imponer una medida de seguridad a un sujeto inimputable se den tres requisitos a la vez: que el sujeto sea inimputable en el momento de cometer el hecho, que la comisión del delito revele una específica peligrosidad y que la acción que se haya llevado a cabo constituya precisamente un delito.

La exigencia de que estos tres requisitos converjan en un mismo momento no es en modo alguno caprichosa. El que el hecho constituya delito tiene el marcado sentido de requerir una previa perturbación social grave por parte del sujeto que legitime en algún grado la posterior privación de libertad y que, se dice habitualmente, refuerce el pronóstico de peligrosidad⁵⁸⁶. La exigencia de inimputabilidad se demanda para excluir la vía ordinaria de respuesta al delito: la pena. Por su parte, el que se deba mostrar una cierta peligrosidad criminal se encamina a acreditar la necesidad de tal privación de libertad. Ahora bien, estos dos últimos presupuestos (inimputabilidad y peligrosidad criminal) se relacionan a su vez entre sí, pues se exige que la peligrosidad obedezca al trastorno y que el trastorno requiera alguna respuesta de defensa social. De esta manera, ambos requisitos desempeñan un papel de garantía en relación con el otro: ni cualquier trastorno requerirá medida, ni la mera peligrosidad justificará la imposición de esta.

A su vez, para que el círculo quede cerrado, estos requisitos han de cristalizar en la comisión de un delito. En este sentido, el art. 95.1 CP en su apartado primero reclama la previa comisión de un delito y en su apartado segundo demanda, para la efectiva imposición de una medida, 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*”. Acaso se podrá decir que en el momento de comisión del delito se podía derivar tal pronóstico del hecho, pero no de las circunstancias personales. En el momento en el que el sujeto deviene “inimputable” se podrá sostener, en cambio,

⁵⁸⁶ Vid., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”, en A.A.V.V.: *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, Valencia, 1974, p. 363. Incide también en la importancia de la conexión delito-peligrosidad MUSHOFF, T., *Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung*, pp. 209 y ss., para quien es preciso que el delito cometido sea “sintomático” de la peligrosidad del autor.

que sus circunstancias personales revelan la peligrosidad, pero no habrá hecho alguno con el que esta esté conectada que permita que se satisfagan todos los requisitos.

Esta es la interpretación más plausible del precepto, máxime si tenemos en cuenta también el art. 6.1 CP que, con claridad, manifiesta que “las medidas de seguridad se fundamentan en la *peligrosidad* criminal del sujeto al que se impongan, *exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*”. Es preciso, entonces, que el delito suponga una exteriorización de la peligrosidad; si la peligrosidad (emanada de la inimputabilidad) emerge después, no es posible esta exteriorización⁵⁸⁷. Por supuesto, es esta una opción legislativa entre varias. Sin embargo, en este punto la misma resulta especialmente adecuada dado su propósito garantista y las cautelas de las que rodea a todos los elementos requeridos para la imposición de la medida.

En definitiva, si la comisión del delito tiene la función de “refuerzo del pronóstico” de peligrosidad, es preciso que la peligrosidad anteceda al delito y no a la inversa (que alguien cometa un delito y que después, y no entonces, se pueda decir de él que es peligroso). Así, en el caso del imputable que pierde su condición antes del juicio, en verdad nos encontramos ante un sujeto que es “inimputable” y que, además, puede llegar a ser peligroso. Sin embargo, la falta de coexistencia temporal de todos los elementos veda la aplicación de una medida de seguridad.

La situación contemplada en el art. 60 CP, esto es, la “inimputabilidad sobrevenida” durante la ejecución de la pena presenta también características especiales⁵⁸⁸. Esta no atiende en ningún momento al factor merecimiento/reprochabilidad/atribuibilidad⁵⁸⁹. Esto se desprende con facilidad del simple hecho de que el propio precepto contemple la

⁵⁸⁷ Esto no debería conducir, sin embargo, a sostener, como ha hecho algún autor (por ejemplo, REBOLLO VARGAS, R., “A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad”, pp. 350 y ss.), que la peligrosidad “resida” en (o se desprenda de forma sencilla de) el propio hecho. Pero pone de manifiesto la necesaria *conexión* (que no, insistimos, confusión) entre el hecho delictivo cometido y la peligrosidad pronosticada.

⁵⁸⁸ Características que, en alguna medida, se encuentran todavía muy próximas a las notas presentes en el anterior Código penal (concretamente en su art. 82). Vid., sobre estas últimas, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El enajenado y su tratamiento jurídico-penal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 41, 1988, pp. 500 y ss.

⁵⁸⁹ Nótese, pues, como señala DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., “Imputabilidad y fines de la pena: la relación de los efectos psicológicos previstos en el art. 20 y en el art. 60 CP”, *Estudios de Derecho judicial*, n.º. 110, 2006, p. 275, que “el efecto psicológico aquí previsto es distinto al tenido en cuenta por el artículo 20 CP”.

posibilidad de la ejecución de la pena restante tras la eventual recuperación del sujeto en cuestión. Curioso concepto de merecimiento/reprochabilidad/atribuibilidad sería aquél que permitiera su aparición y desaparición al albur de las circunstancias cambiantes. En lugar de eso, el art. 60 CP atiende, o al menos parece que así lo hace, a la idea de necesidad (en sentido amplio) de la pena, pues cuando el sujeto condenado presenta unas concretas características deja esta de ser el medio más idóneo posible para alcanzar el fin pretendido y, además, parece considerar también la idea de no infligir un daño encarnizado a un sujeto que no entiende lo que sucede (alguien incapaz de “conocer el sentido de la pena”) y que, por ello mismo, pueda sufrir un daño aún mayor fruto de la incompreensión de la situación⁵⁹⁰. Ello, en todo caso, no debe llevarnos a defender la deplorable técnica legislativa manifestada en este precepto, especialmente a través de su inconsistencia terminológica⁵⁹¹. Y puede que tampoco, por cierto, a asumir la corrección material de parte de la regulación: la imposición de medidas de seguridad sustituyendo a la pena⁵⁹². Podría ser este un supuesto en el que se produjera la disociación entre las garantías que han de regir la imposición de las medidas de seguridad y las que ha de respetar su propia ejecución⁵⁹³.

Sin embargo, es posible que le asista la razón a URRUELA MORA cuando sugiere que desde la reforma del precepto en 2003 este no plantea, en este

⁵⁹⁰ Es posible, entonces, que ello se vincule también con el sentido de humanidad de las penas, pues estas no son (generalmente y salvo casos extremos) humanas o inhumanas en abstracto, sino que han de ser puestas en relación con el sujeto al que serán impuestas para poder comprobar si se satisface este principio. Lo que para un adulto plenamente responsable puede suponer un trato equitativo puede resultar detestable para otro sujeto en atención a algunas de las características que posea este último.

⁵⁹¹ Así, como señala FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Trastorno mental sobrevenido tras la firmeza de la sentencia y potestad penal”, *Estudios de Derecho judicial*, n.º. 110, 2006, p. 258, no puede sino llamar la atención el hecho de que el legislador exija la existencia de un trastorno que “impida conocer el sentido de la pena” para suspender la pena que está siendo ejecutada y que se pueda decretar de nuevo la imposición una vez “restablecida la salud mental del penado”. El legislador parece equiparar la comprensión del sentido de la pena a la salud mental en este precepto. Pero no solo eso: es razonable pensar que pretendía también equiparar esta regulación a la contemplada en el art. 20.1ª CP, de manera que la diversidad terminológica empleada por el legislador crea más problemas que los que resuelve.

⁵⁹² En este sentido, señala ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, p. 176, que en este supuesto no se puede hablar en puridad de “peligrosidad criminal”, pues esta se deduciría del estado de inimputabilidad del sujeto y no de la previa comisión del delito. Añade después que “el art. 60 peca por exceso pues (...) lo que debió hacer el legislador fue remitirse a los supuestos de internamiento civil involuntario regulados en el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

⁵⁹³ Por ello, apunta SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 287, que “[e]xiste acuerdo en entender que esta asistencia tiene en todo caso carácter extrapenal y no debe ser confundida con una medida de corrección o de seguridad stricto sensu —ni el sujeto era inimputable en el momento del hecho, ni se le exige el consiguiente pronóstico de peligrosidad—”.

extremo, problemas legales⁵⁹⁴. Se podría añadir, creemos que en desarrollo de lo apuntado por este autor, que, evidentemente, el supuesto de imposición de medidas previsto en el art. 60 CP no satisface los requisitos que, con carácter general, se prevén en otras partes del Código penal. Sin embargo, el art. 60 no ha de someterse a lo que otros preceptos del mismo rango legal dispongan. La vocación de generalidad de un precepto (que indiscutiblemente tienen, por ejemplo, los arts. 3, 6 y 95 CP) no convierte en jerárquicamente superior a una norma. De hecho, casi sucede lo contrario, cabría sostener que el art. 60 es ley especial con respecto a lo establecido en otras partes del Código. Así, el parámetro de licitud del art. 60 no puede ser el mismo Código penal, sino que ha de serlo la propia Constitución. De su conformidad o contrariedad a esta es de donde se podrá extraer el argumento esencial sobre la admisibilidad de la norma en cuestión.

De todo lo dicho se deriva que no sería correcto tratar de integrar en el concepto de (in)imputabilidad (*stricto sensu*) las regulaciones de las mal llamadas “inimputabilidades sobrevenidas”. Y ello por la sencilla razón de que estas regulaciones tienen otro objetivo en su punto de mira. La mera semejanza morfológica (el hecho de que puedan compartir, en ocasiones, elementos comunes) no nos debe llevar a pasar por alto las profundas diferencias normativas que existen y los distintos propósitos que laten tras las diversas normativas implicadas.

En definitiva, las tres instituciones analizadas no tienen por qué contemplar las mismas propiedades o características del sujeto en cuestión. Pero aun cuando así lo hagan, el hecho de que se analicen en un momento diferente y con un propósito también diverso es ya motivo suficiente para no pretender ni una perfecta armonía interpretativa entre las tres instituciones jurídicas ni, desde luego, una equiparación de los efectos jurídicos de unas y otras. Una vez más, la realidad material observada desde el prisma jurídico puede tener distinta repercusión en función de la perspectiva y propósitos adoptados.

Pero no solo eso: el momento en el que se realiza el análisis y el propósito con el que este se lleva a cabo serían ya, como hemos visto, elementos suficientes como para justificar un tratamiento diferenciado de los distintos supuestos. No obstante, sucede, además, que ni siquiera se remiten los preceptos en cuestión (arts. 20.1^a, 60 CP y 383 LECrim) a la valoración de unos mismos elementos; algo, por otra parte, bastante lógico teniendo en cuenta las distintas finalidades de cada uno de ellos. Así, mientras el art. 20.1^a CP se

⁵⁹⁴ URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, p. 286.

refiere, como es sabido, a “comprender la ilicitud *del hecho* o actuar conforme a esa comprensión” (elementos cognitivos y volitivos, referidos al hecho), el art. 60 CP habla de “conocer el sentido *de la pena*” (elemento únicamente cognitivo, referido a la pena) y el art. 383 LECrim se remite a la “demencia” (elemento cognitivo, de *carácter general*). Estas diferentes manifestaciones de concretas aptitudes psíquicas resultan sumamente relevantes.

Es habitual que, de forma tácita o expresa, cuando pensamos en el “inimputable” tengamos en mente al sujeto cognitivamente limitado y solo tras un proceso de reflexión más pausado pensemos también en el sujeto volitivamente limitado, pero tanto uno como otro son, es evidente, “inimputables de pleno derecho”. Sin embargo, los elementos volitivos son absolutamente irrelevantes para el art. 60 CP y el art. 383 LECrim, ya que en nada los afectan. El déficit de control de la voluntad no repercute negativamente ni en la comprensión del proceso, ni en la comprensión de la pena, sino, únicamente, cuando concurre junto al hecho delictivo, en la atribuibilidad de este.

En este sentido, es perfectamente imaginable que un sujeto “estructuralmente inimputable” (con una limitación profunda de carácter permanente) pueda comprender perfectamente proceso y pena. Pensemos, por ejemplo, en aquél que pese a sus enormes constricciones volitivas comprende perfectamente todo lo que sucede, pero es incapaz de adecuar su conducta a tal comprensión en determinados contextos (padece, por ejemplo, cleptomanía, ludopatía o determinadas filias sexuales en un grado especialmente intenso que pudiera llegar, al menos teóricamente, a justificar una exención plena)⁵⁹⁵. Puede, incluso, que cupiera considerar que es este también el efecto que sobre un sujeto puede tener el “síndrome de abstinencia”, aunque seguramente en estos supuestos se vean afectadas también determinadas facetas de la capacidad estrictamente cognitiva.

No hay, pues, tampoco correspondencia entre los contenidos de las “tres formas de inimputabilidad”. Se distinguen por el momento en el que se efectúa el análisis, el propósito del mismo y el objeto analizado, aunque, lógicamente, tanto lo primero

⁵⁹⁵ Es cierto que, al menos en lo relativo a la ludopatía (pero seguramente sea esto igualmente aplicable a la cleptomanía y a las filias de naturaleza sexual), es este un supuesto francamente improbable, o, al menos, lo es su consideración como tal por los tribunales. Vid., sobre el tratamiento jurídico de la ludopatía por la jurisprudencia española, CORRECHER MIRA, J., “Aproximación al tratamiento de la ludopatía en el sistema español”, *Revista Española de Drogodependencias*, n.º 44, 2019, pp. 112 y ss.

(momento) como lo tercero (objeto) se encuentran directamente condicionados por lo segundo (propósito).

De este modo, se puede sintetizar lo hasta aquí expuesto en la idea de que hay tres motivos por los que la regulación vigente no es tan inadecuada como en ocasiones se sugiere. Estos motivos se hallan vinculados a la *consecuencia jurídica* a la que el acusado se expone, los *presupuestos* (legales y constitucionales) para la imposición de medidas de seguridad y las *capacidades* a las que es razonable atender en los distintos momentos analizados. Estas tres razones, no siempre fácilmente escindibles, refuerzan la idea de la racionalidad de nuestra legislación en este punto.

Es preciso, no obstante, antes de concluir el presente epígrafe prestar brevemente atención a otro precepto que, en el marco de la relación entre inimputabilidad y proceso, se ha mostrado problemático y que, en función de la interpretación que de él se hiciera, podría condicionar las soluciones ofrecidas. Nos referimos ahora al art. 637.3º LECrim, que dispone que procederá el sobreseimiento libre (esto es: todavía en instrucción) “cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”. Una primera lectura del precepto (quizás, incluso, la que en su origen histórico fuera más plausible) podría llevar a pensar que de constatarse la inimputabilidad de un sujeto antes del inicio del juicio se podría sobreseer. Lo cierto, sin embargo, es que tal interpretación daría lugar a que no cupiera la posibilidad de imponer medida de seguridad alguna, pues esta requerirá de una previa sentencia que constate la, también previa, comisión de un delito⁵⁹⁶. No sucedía así, y esto es importante, en los momentos en que el precepto ahora analizado fue aprobado, momento en el que las medidas de seguridad predelictuales (e incluso administrativas) eran habituales. Trasladar tal interpretación a nuestros días vedaría la posibilidad de imponer medidas de seguridad a sujetos *claramente* inimputables y, paradójicamente, esto solo se podría hacer en aquellos casos *dudosos* (y, por ende, en principio menos graves) en los que la celebración del juicio fuera precisa para discutir la cuestión. En consecuencia, es preciso interpretar el precepto en otros términos; algo que, por otra parte, no resulta problemático.

El art. 637 LECrim dispone en su apartado primero que se decretará el sobreseimiento libre cuando “no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere

⁵⁹⁶ “Argumento decisivo” en opinión de URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, p. 270.

dado motivo a la formación de la causa”, esto es: que el hecho no exista. En su segundo apartado establece la procedencia del sobreseimiento libre en el supuesto de que “el hecho no sea constitutivo de delito”, esto es: que el hecho exista, pero sea atípico. Su último apartado (el tercero) que reproducimos de nuevo impone también el sobreseimiento cuando “aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”, esto es (en la interpretación que, a la luz de lo expuesto, parece más sensata): cuando exista un hecho que además sea típico, pero los sujetos investigados no sean los responsables (“productores”) de este. Como consecuencia de todo ello, resulta irrelevante a los efectos de la tramitación del procedimiento que el investigado sea manifiestamente inimputable. El proceso ha de seguir hasta la culminación del juicio, en el que, de ser procedente, se acordará la imposición de la medida de seguridad oportuna.

Finalmente, otra importante problemática de carácter procesal sobre cómo el estado de inimputabilidad y el transcurso del tiempo se relacionan de forma no exenta de dificultades es la de las medidas cautelares de carácter personal que pueden ser adoptadas frente al inimputable. Esta cuestión excede por completo el objeto del trabajo que aquí se presenta y, en consecuencia, será someramente apuntada⁵⁹⁷. El punto de partida indubitado es que nuestra legislación no prevé la posibilidad de adoptar con carácter provisional una medida de seguridad de internamiento o tratamiento psiquiátrico (como sí lo hace, esto es claro, en relación con la pena de prisión con el instituto de la prisión provisional).

Esta situación ha generado una viva polémica doctrinal y jurisprudencial y el Tribunal Constitucional, hasta en dos ocasiones (SSTC 217/2015, de 22 de octubre y 84/2018, de 16 de junio), ha tenido que reconocer la falta de cobertura legal (y consecuente vulneración del derecho a la libertad de los recurrentes contemplado en el art. 17 CE) del internamiento cautelar, lo que genera un problema práctico de primer nivel⁵⁹⁸. Así,

⁵⁹⁷ Para una profundización en estas cuestiones nos remitimos a LACAL CUENCA, P., PEÑARANDA DEL RÍO, J. y SOLAR CALVO, P., “¿Debe un enfermo mental estar en prisión? Situación actual y cuestiones que plantea la STC 84/2018, de 16 de julio”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 30, 2018, pp. 18 y ss.; SANZ MORÁN, A. J., *Revista de Derecho y Proceso Penal*, pp. 1 y ss.; y SANZ MORÁN, A. J., “Relevancia procesal de la inimputabilidad”, pp. 601 y ss.

⁵⁹⁸ La última de las resoluciones citadas podría, en opinión de LACAL CUENCA, P., PEÑARANDA DEL RÍO, J. y SOLAR CALVO, P., *Revista General de Derecho Penal*, pp. 29 y ss., ir incluso más allá y poner en jaque prácticamente toda la ejecución de medidas de seguridad de internamiento psiquiátrico en

dejando de lado ahora la igualmente problemática situación del sujeto que es a todas luces inimputable ya antes de la celebración del juicio, se suscita la cuestión de que no cabe prorrogar la prisión provisional que fue acordada inicialmente para un sujeto que es absuelto en primera instancia (o segunda instancia, previa a casación) por su condición de inimputable (ni es dado tampoco sustituir dicha prisión provisional por una, legalmente inexistente, medida de seguridad cautelar). Habrá, pues, que aguardar a que la resolución alcance firmeza para poder ejecutarla, ahora ya con carácter definitivo. Entre tanto, y siempre que se satisfagan en su caso los requisitos legalmente previstos, quedará como única posibilidad el internamiento civil (*ex art. 763 LEC*).

Esta situación legal ha sido calificada de “delicado vacío normativo” (STC 84/2018, de 16 de junio) y de “criticable falta de previsión legislativa” (SANZ MORÁN), probablemente no sin razón⁵⁹⁹. Con todo, no queremos dejar de manifestar las dudas que la eventual subsanación de esta laguna (en el caso de que efectivamente mereciera ser considerada como tal) nos genera. Como se pondrá de relieve en páginas posteriores, la declaración de inimputabilidad puede acarrear intervenciones personales de carácter extraordinariamente invasivo que, además, dada la “condición de inimputable” del sujeto que las padecerá, no requerirán siquiera el consentimiento del mismo en muchos casos⁶⁰⁰. Estas intervenciones pueden tener además un carácter tendencialmente permanente e irreversible (pensemos, por ejemplo, en la intervención psicológica o médico-farmacológica sobre la personalidad del sujeto). Quizás sería prudente, en estos casos, no dar comienzo al tratamiento hasta una declaración firme de la inimputabilidad del sujeto que se verá sometido a él.

Con dos ejemplos quizás se vea más claro. Imaginemos, en primer lugar, que un sujeto que padece una psicopatía es (en contra de la línea jurisprudencial absolutamente mayoritaria) declarado inimputable en primera instancia. Supongamos, por mor del argumento, que las acusaciones recurren tal resolución y que, mientras tal apelación se desarrolla de forma efectiva, el sujeto comienza a ser tratado contra su voluntad con el

centros penitenciarios (la práctica más habitual). Ello por la sencilla razón de que la existencia de “unidades psiquiátricas de centros penitenciarios” que muchos de ellos dicen tener (reglamentariamente previstas y puede que sin base legal) constituirían “un recurso meramente gramatical” carente de contenido terapéutico real, lo que volvería cuestionable la legalidad (y constitucionalidad) de esta modalidad de restricción de derechos.

⁵⁹⁹ SANZ MORÁN, A. J., *Revista de Derecho y Proceso Penal*, p. 1.

⁶⁰⁰ Vid. *infra*, Capítulo IV, epígrafes II, IV y VI.

propósito, imaginemos exitosamente alcanzado, de modificar su personalidad⁶⁰¹. Finalmente, en apelación (y ulterior casación) se revoca la absolución en primera instancia y se condena al sujeto. Dejando a un lado el problema, no menor, de cómo se podría abonar la medida cautelar impuesta a la condena definitiva (algo que, en caso de modificación legislativa, debería ser previsto), nos encontraríamos con un sujeto que ha visto modificada de forma coactiva y sin justificación ética o jurídica alguna su forma de ser. Un segundo ejemplo lo podría constituir el de un consumidor habitual de drogas (no adicto) que es absuelto también en primera instancia (*ex art. 20.2º CP*). Siguiendo el mismo esquema que en el supuesto anterior, es tratado efectivamente antes de ser revocada esa primera sentencia para ser posteriormente considerado (plena o semiplenamente imputable). Si partimos de que el consumo de drogas (o alcohol), pese a la situación legislativa compleja en la que se enmarca, es una opción libre y lícita en un Estado mínimamente liberal, nos encontraríamos con que hemos torcido la voluntad de un sujeto plenamente libre sin su consentimiento ni base legal alguna. Basten estos ejemplos, quizás extraños y no los más frecuentes, pero no imposibles, para ilustrar algunos de los problemas a los que la regulación de las “medidas de seguridad cautelares” debería hacer frente.

VII. Conclusiones parciales

En las páginas anteriores se ha tratado de ofrecer una fundamentación normativa del concepto de imputabilidad distinta de la habitual; un planteamiento que ha tratado de prescindir de abstractas referencias a la sociedad o las expectativas y ha intentado descender al terreno concreto de cómo se atribuye imputabilidad. Todo esto se ha desarrollado en el entendimiento de que, como han destacado determinadas corrientes normativistas, el inimputable es aquel que es diferente. Se ha tratado, por tanto, de realizar una descripción del proceso de diferenciación. Es este un procedimiento que no se limita a constatar las infinitas diferencias que pueden existir entre dos sujetos, sino a valorar aquellas que considera trascendentales; un proceso normativo desde la raíz, pues la selección de qué factores son o no relevantes no es algo que venga predeterminado

⁶⁰¹ No sería impensable, incluso, que esa misma pretensión de reconocimiento de la responsabilidad la tuviera el propio acusado y que fuera una de las acusaciones la que defendiera la inimputabilidad de este. Que el acusado en un juicio persiga siempre la declaración de inimputabilidad es algo excesivamente generalizador. Es posible que, en determinados casos y contextos, el autor del delito reivindique la plena responsabilidad por el hecho (piénsese, por ejemplo, en los casos de delincuencia por convicción).

(mecanismo de diferenciación que opera como forma de exclusión de responsabilidad no solo en las sociedades humanas, sino también en todas aquellas comunidades de animales mínimamente desarrolladas).

Se puede apreciar un cierto paralelismo entre un concepto de “imputabilidad” así descrito con el concepto de “peligrosidad” desarrollado en los capítulos anteriores. Esta semejanza ni es casual ni resulta intrascendente, como veremos más adelante. En ambos casos, se analiza la realidad de la manera más precisa posible (recurriendo inevitablemente a un método de carácter comparativo) y después se discute acerca de lo correcto y lo necesario.

Todo ello pone de manifiesto la importancia de lo expuesto en este capítulo de cara a los desarrollos que siguen a continuación. El concepto de imputabilidad es uno que el ordenamiento jurídico construye y no uno que se toma de la simple naturaleza. Por ello, las fricciones que este concepto pueda generar con otras instituciones jurídicas no podrán achacarse a la fatalidad de una naturaleza compleja, sino que serán fruto de decisiones normativas concretas.

CAPÍTULO IV: El significado de la inimputabilidad

I. Introducción

Si la imputabilidad fuera algo que viniera dado, se deberían asumir sin mayor problema las consecuencias (jurídicas y sociales) de los juicios que se hicieran acerca de ella. Si no se pudieran modificar la esencia o los contornos de la imputabilidad, tampoco se debería asumir la responsabilidad derivada de sus consecuencias. Sin embargo, para fortuna de nuestro sistema jurídico y desgracia de nuestras conciencias, esto no es así. Al menos eso es lo que se ha tratado de demostrar en el capítulo anterior. El sistema normativo decide quién es responsable y quién no lo es. No se limita a constatarlo. Consecuentemente, el ordenamiento jurídico ha de aceptar (y responsabilizarse de) los resultados de tales decisiones.

En este capítulo se tratará de evidenciar la importancia de las decisiones a este respecto, concretamente en relación con las que aquí se consideran las dos tensiones esenciales de la imputabilidad. Por un lado, la referida a hasta qué punto debemos individualizar nuestros juicios; esto es, hasta qué plano hemos de descender para considerar si una concreta persona es, o no, imputable. Por otro lado, la relativa a que, si la esencia del juicio acerca de la imputabilidad reside en la comparación y en la determinación de si alguien es, o no, como “nosotros”, la declaración de inimputabilidad implica indisolublemente una afirmación acerca de la “anormalidad” del sujeto. Es esta, además, una “anormalidad” que no queda solo circunscrita al ámbito jurídico y que no tiene únicamente consecuencias positivas (exoneración del castigo) para el sujeto respecto del que es predicada.

Tras ello, se tratará de determinar algo que no es, ni mucho menos, tan sencillo como en ocasiones se presupone: si es posible que un mismo sujeto sea considerado simultáneamente como un sujeto plenamente responsable y, además, peligroso. El problema esencial en este punto es que, si ambos conceptos cuentan con un importante carácter normativo, como aquí se defiende, y cuentan también con elementos parcialmente contradictorios, que un mismo sujeto sea calificado de ambas cosas cuando estas entidades cuentan con límites distintos supone, al menos, una fricción normativa. En definitiva, si la culpabilidad implica que no se puede castigar más allá de X y la peligrosidad implica que no se puede prevenir más allá de Y sumar simplemente ambos

límites, en lugar de integrarlos de algún modo, puede suponer (y de hecho supone) no respetar ninguno de ellos.

Resumidamente, si en el capítulo anterior tratábamos de describir el proceso de declaración de imputabilidad, aquí aspiramos a especificar algunas consecuencias (prácticas y normativas) que derivan de tal proceso para el objeto de estudio de esta investigación. Dicho de otra forma, intentaremos aportar algunos criterios de legitimidad acerca de cómo configurar la imputabilidad de manera axiológicamente aceptable. Ahora bien, como ya se señaló, no se pretende aquí ofrecer un programa completo de la fundamentación material de la imputabilidad. Tan solo se busca ofrecer algunas pautas que deberían ser tomadas en consideración.

II. Cuestión preliminar: psiquiatría y Derecho penal

La psiquiatría, como disciplina científica y como práctica social, desempeña un papel ciertamente confuso en el marco de la actividad del Estado. Las dudas acerca de su rol aparecen ya en cuanto se aborda una cuestión tan básica como la de cuál es la misión que está llamada a satisfacer. Fruto de un desarrollo histórico ciertamente turbulento (en el que nos detendremos brevemente más adelante) se pueden encontrar al menos dos objetivos básicos a los que esta disciplina se debería dirigir. El primero de ellos en acudir a la mente del observador contemporáneo es de carácter terapéutico, sanador, y seguramente es fruto de la orientación médica que en los últimos tiempos ha recibido gracias a la consagración del Estado de Derecho, los derechos fundamentales y también al progreso científico. El segundo objetivo, no siempre tan evidente, al que la psiquiatría actual todavía de algún modo se orienta tiene un carácter eminentemente asegurativo, represor⁶⁰². Y probablemente se trate de una herencia de su comienzo como disciplina pseudo-científica y como técnica de control (o disciplina) social⁶⁰³. Ahora bien, del hecho

⁶⁰² En este mismo sentido, BRENNEIS, V. M., *Rechtspolitische Implikationen von Gefährlichkeitsprognosen*, p. 7, señala que la psiquiatría forense es por un lado una disciplina auxiliar de los tribunales, pero que, por otro lado, no deja de ser una especialidad médica y, también, una ciencia social empírica.

⁶⁰³ En este sentido apunta SZASZ, T. S., *Law, Liberty, and Psychiatry. An Inquiry into the Social Uses of Mental Health Practices*, The Macmillan Company, Nueva York, 1963, p. 80, cuando señala que “una de las principales funciones de la psiquiatría, e históricamente la más antigua de todas, es la segregación de ciertos miembros de la sociedad”. Más rotundo, pero también acertado en este punto, se muestra FOUCAULT, M., *Los anormales*, Akal, Madrid, 2001 (publicación original: 1975), p. 111, cuando sostiene que “la psiquiatría, tal como se constituyó entre fines del siglo XVIII y principios del XIX, sobre todo, no se caracterizó como una especie de rama de la medicina general. La psiquiatría

de que sea esta una finalidad que ha ido cobrando en las últimas décadas una relevancia menor no se desprende que esté llamada a desaparecer. Todo lo contrario, parece claro que la psiquiatría, en tanto que medio de control social, está destinada a desempeñar un papel (al menos) auxiliar de otras formas más “tradicionales” de intervención⁶⁰⁴.

Especialmente claro en cuanto a la, por así llamarla, “naturaleza dual” de la psiquiatría es SZASZ cuando explica que “la mayoría de las disciplinas científicas han crecido de un único origen a través de una suerte de progresiva ampliación de su núcleo primitivo de conocimientos y estrategias. La biología, la química y la física se han desarrollado de este modo. Pero no la psiquiatría. Esta disciplina nació de dos progenitores, como una suerte de fertilización cruzada”⁶⁰⁵. Es importante detenerse brevemente en estas cuestiones, pues pueden ayudar a arrojar algo de luz sobre algunos de los conceptos importantes que abordaremos en las siguientes páginas.

La historia de la aparición y auge de la psiquiatría probablemente se comprenda mejor (tal y como da a entender con rotundidad, que no con claridad, FOUCAULT) como una

funciona —a principios del siglo XIX y ya avanzado éste, quizás hasta alrededor de 1850— no como una especialización del saber o la teoría médica, sino mucho más como una rama especializada de la higiene pública. Antes de ser una especialidad de la medicina, la psiquiatría se institucionalizó como dominio particular de la protección social, contra todos los peligros que pueden venir de la sociedad debido a la enfermedad, o a todo lo que se puede asimilar directa o indirectamente a ésta. La psiquiatría se institucionalizó como precaución social, como higiene del cuerpo social en su totalidad”.

⁶⁰⁴ Esta forma de plantear la cuestión quizás podría arrojar algo de luz al hecho de que, como apunta GONZÁLEZ DURO, E., *Los psiquiatras de Franco. Los rojos no estaban locos*, Península, Barcelona, 2008, p. 11, en la posguerra española del pasado siglo “los manicomios estaban tan abarrotados como las cárceles, sin que nadie explicara por qué ni para qué”. De extraordinario interés resulta en este punto la propuesta de HARCOURT, B. E., “From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution”, *Texas Law Review*, vol. 84, 2006, *passim*, de analizar de manera conjunta la tasa de encarcelamiento y la de internamientos psiquiátricos. De este modo se puede comprobar que, a diferencia de lo que se suele afirmar, no existe hoy en día en Estados Unidos una tasa de confinamiento global superior a la que había entre mediados de los años treinta y cincuenta del pasado siglo (p. 1776). Lo que ha sucedido es que, como si de vasos comunicantes se tratase, se ha reducido la tasa de internamiento psiquiátrico incrementándose (aproximadamente en la misma cantidad) la de encarcelamiento (p. 1775). Así, parece que los incrementos de una forma de control social pueden suponer descensos en la otra. Lo que sucedería, entonces, es que se toma una decisión previamente acerca de cuánta heterogeneidad (y, obviamente, delito) se está dispuesto a admitir y luego se reparte el confinamiento de una u otra forma en atención a diversos criterios.

⁶⁰⁵ SZASZ, T. S., *Law, Liberty, and Psychiatry*, p. 1. En una línea similar, BLASIUS, D., *Umgang mit Unheilbarem: Studien zur Sozialgeschichte der Psychiatrie*, Psychiatrie-Verlag, Hannover, 1986, p. 93, considera que el proceso de formación de la psiquiatría como ciencia no fue uno que merezca ser calificado de autónomo, sino que se encontró estrechamente vinculado con las estructuras administrativas y con un propósito no curativo.

ramificación del Derecho penal que como una disciplina médica más⁶⁰⁶. O, si se prefiere, la psiquiatría es más fácilmente interpretable en sus orígenes como una forma más de control social dirigida contra un colectivo ciertamente indeterminado y heterogéneo que comprendía toda clase de elementos asociales o antisociales (algunos, verdaderos enfermos mentales; otros, simplemente excluidos del sistema productivo y considerados inútiles para él)⁶⁰⁷. El abordaje del estudio de la psiquiatría previa al s. XIX como una “especialidad médica” se antoja sumamente infructuoso⁶⁰⁸.

La locura, como es bien sabido, fue originariamente entendida en términos religiosos e interpretada como una forma de castigo, brujería o posesión⁶⁰⁹. Significativo en este punto resulta el Deuteronomio cuando en el listado de posibles penalidades que impondrá Dios a los hombres por la infracción de sus mandamientos se encuentra la de que “Jehová te herirá con locura, ceguera y turbación de espíritu”⁶¹⁰. Es cierto que el proceso de “desmitificación” de la locura no se hará esperar hasta ya entrado el s. XIX, sino que dará comienzo de forma progresiva con anterioridad. Pero también lo es que, a grandes rasgos, antes de pasar a ser una disciplina similar a aquella que hoy identificamos con el término “psiquiatría”, esta habrá de transitar por un estadio intermedio en el que se seguirá encontrando más cercana a una “tecnología de control” que a una disciplina auténticamente médica; momento en el que el manicomio (cualquiera que fuera el nombre que se le diera, pues estos podían llegar a ser muy variados) se convertirá en un almacén

⁶⁰⁶ FOUCAULT, M., *Historia de la locura*, passim. También GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *La imputabilidad en el Derecho Penal español*, p. 156, parece querer transmitir esta idea cuando señala que, en un momento dado, se consolidó “el poder de la clase médica como un agente primario de control social (...) los médicos, como agentes de las nuevas tecnologías y el manicomio como instrumento de control, excederán sus dominios reclamando una reducción de los correlativos del ámbito penal y de la operatividad de la pena tradicional”.

⁶⁰⁷ En un sentido similar se pronuncia también GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *La imputabilidad en el Derecho Penal español*, p. 164.

⁶⁰⁸ Es aproximadamente a partir de mediados del s. XIX cuando el componente científico de la psiquiatría empieza hacerse más visible a través de la aparición de las primeras revistas especializadas y asociaciones de especialistas en Alemania, Reino Unido, Francia y Estados Unidos. Las primeras cátedras verdaderamente vinculadas a la psiquiatría en Alemania surgieron entrada ya la segunda mitad de dicho siglo. Al respecto, BLASIUS, D., *Der verwaltete Wahnsinn: Eine Sozialgeschichte des Irrenhauses*, Fischer, Hamburgo, 1980, pp. 42 y 58.

⁶⁰⁹ Muy claro al respecto es BLASIUS, D., *Der verwaltete Wahnsinn*, p. 20, cuando explica cómo en la Edad Media la locura era interpretada, dada su visión teocéntrica, como muestra de “tanto de la salvación como de la desgracia, tanto del perdón divino como de la prueba y castigo de Dios”.

⁶¹⁰ Deuteronomio 28:28.

de elementos improductivos, como ya hemos señalado⁶¹¹. El asilo, manicomio o psiquiátrico pasará así a ser un instrumento mediante el que una sociedad temerosa del “loco” lo separará de la vida ciudadana y de la comunicación con el resto de sus miembros⁶¹².

Es interesante, en relación con esto último, comprobar el impresionante aumento de manicomios y de individuos internados que se produjo con los comienzos del sistema productivo capitalista, particularmente entre finales del siglo XIX y principios del XX. A modo de ejemplo, BLASIUS expone que en el año 1877 había un total de 93 establecimientos públicos dependientes del Imperio Alemán que daban cabida a 33.023 internos, mientras que en 1904 existían ya 180 establecimientos públicos que albergaban a 111.951 internos⁶¹³. No es difícil suponer que las condiciones de estos centros no eran las más adecuadas para desempeñar una actividad terapéutica que, por lo demás, estaba todavía por nacer.

Aproximadamente a partir de la segunda mitad del s. XX el tratamiento de los internos en centros psiquiátricos empieza a ser ciertamente objeto de reflexión por parte de los propios psiquiatras (y otros agentes sociales) que comienzan a reivindicar una mejora en sus condiciones. Se pasa así, tras un par de décadas de debate, de la *Anstaltspsychiatrie* (centrada en el internamiento coactivo y los grandes manicomios) a la *Gemeindepsychiatrie* (que pretende reducir el aislamiento del interno y hacerlo partícipe, en la medida de sus posibilidades, de la sociedad)⁶¹⁴. El internamiento coactivo, pilar

⁶¹¹ Especialmente ilustrativo en este punto resulta el estudio de FOUCAULT, M., *Historia de la locura*, pp. 80 y ss., sobre el Hospital General de París (fundado en 1656). Es gráfica también su forma de expresarlo cuando señala que: “[e]xtraña es la superficie que muestran las medidas de internamiento. Enfermos venéreos, degenerados, disparadores, homosexuales, blasfemos, alquimistas, libertinos: toda una población abigarrada se encuentra de golpe, en la segunda mitad del siglo XVII, rechazada más allá de la línea divisoria, y recluida en asilos que habían de convertirse, después de uno o dos siglos, en campos cerrados a la locura”.

⁶¹² BLASIUS, D., *Der verwaltete Wahnsinn*, p. 19.

⁶¹³ BLASIUS, D., *Der verwaltete Wahnsinn*, p. 69. En todo caso, como alerta el propio autor no se debe pasar por alto también el enorme incremento de población que vivió Alemania en aquellas décadas (p. 79). Sin embargo, lo cierto es que existe una amplia diferencia entre ambos incrementos. Mientras que entre los años 1880 y 1910 la población prusiana creció en un 48% los pacientes de establecimientos psiquiátricos aumentaron en un 429% para el mismo periodo y espacio.

⁶¹⁴ Sobre el paso de un modelo a otro, vid. FOSTER, R., *Psychiatrische Macht und rechtliche Kontrolle*, Döcker, Viena, 1997, passim. Un proceso de transformación que habría venido marcado, entre otros factores, por una progresiva legalización de la relación jurídica existente entre el interno y la institución (pp. 17 y ss.).

básico de la psiquiatría hasta ese momento, decae enormemente. De alguna manera, la autonomía del paciente que había llegado algo antes a la medicina en general alcanza por fin, con sus oportunas matizaciones, a la ciencia psiquiátrica⁶¹⁵.

En todo este progreso desempeñó un papel esencial la denominada “antipsiquiatría”⁶¹⁶. Con esta etiqueta suele agruparse a un amplio número de autores procedentes de diversos campos que cuestionaron con mayor o menor dureza la práctica psiquiátrica. Entre este grupo de autores suele otorgarse, en nuestra opinión erróneamente, un destacado papel al psiquiatra SZASZ. Este autor consideraba que la psiquiatría de su tiempo actuaba más como instrumento de control que como herramienta terapéutica y que el concepto de enfermedad mental no era más que un “mito”⁶¹⁷. En su opinión, la psiquiatría había decidido acudir a una suerte de tecnificación conceptual (uso y abuso de jerga médica y psiquiátrica) para tratar de presentar como un problema de salud lo que no era más que un problema social. Y ello, porque, cuando el problema se presentaba como lo primero, la intervención sobre el sujeto pasaba a disfrutar (al menos aparentemente) de una mayor legitimidad⁶¹⁸. Por ello, este autor propuso acabar con el internamiento psiquiátrico

⁶¹⁵ Vid., sobre la creciente importancia de la idea de autonomía en el tratamiento médico frente a la tradicional perspectiva paternalista, CANCIO MELIÁ, M., “Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía: Algunas reflexiones sobre la perspectiva española”, en DE FARIA COSTA, J. y KINDHÄUSER, U. (Coord.): *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 257; y PANTALEÓN DÍAZ, M., “Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil”, *Diario La Ley*, n.º 9277, 2018, p. 1.

⁶¹⁶ De un modo ciertamente paralelo a las corrientes abolicionistas en el marco del Derecho penal, suele decirse que sus postulados nunca podrían (ni deberían) ser asumidos, pero que la crítica a los sistemas a los que se enfrentaban sirvió para humanizar enormemente sus respectivos objetos de estudio.

⁶¹⁷ En cuanto a lo primero, SZASZ, T. S., *Law, Liberty, and Psychiatry*, p. vii, considera a la psiquiatría fundamentalmente como una forma de “ingeniería social”. En cuanto a lo segundo, manifiesta sin ambages que la “enfermedad mental” es un “mito” (en SZASZ, T. S., *The Myth of Mental Illness. Foundations of a Theory of Personal Conduct*, Hoeber—Harper, Nueva York, 1964, p. 296). Afirma, en este sentido, SZASZ, T. S., *Law, Liberty, and Psychiatry*, p. 35, que la “enfermedad mental” no tiene esencialmente un sustrato biológico, sino una fundamentación social. Así sostiene que “la etiqueta psiquiátrica depende más de la situación social en la que acontece que de la naturaleza del objeto etiquetado”. Probablemente a ello obedezca el que, como es generalmente reconocido y recuerda entre otros BRENNEIS, V. M., *Rechtspolitische Implikationen von Gefährlichkeitsprognosen*, p. 23, no exista en psicología ni en psiquiatría ningún concepto de enfermedad mental que sea generalmente reconocido.

⁶¹⁸ En este sentido, SZASZ, T. S., *Law, Liberty, and Psychiatry*, sostiene que los “valores de la salud” pretenden usurpar el lugar de los “valores morales” (p. 2), y ello porque la sociedad considera más fácilmente justificable la coerción por motivos de protección de la salud que por otros motivos éticos (pp. 5 y ss.). Es esta una tecnificación conceptual que sirve para esconder los dilemas éticos que presenta su función de control social a través de la jerga médica y psiquiátrica (p. 39); algo que, inevitablemente, recuerda mucho al debate sobre la tecnificación del concepto “peligro” y su transformación en “riesgo”, como vimos supra, nota 347 y texto al que acompaña.

coactivo del mismo modo que en su día fue necesario abolir la esclavitud (comparación que, seguramente con razón, le ha sido muchas veces reprochada)⁶¹⁹.

En todo caso, solo una visión algo sesgada puede llevar a concluir que un pensador de su talla (defiende un concepto normativo de enfermedad y de responsabilidad penal, desentraña las funciones de varias instituciones sociales relevantes, señala conflictos de funciones y legitimidades que hasta entonces se habían pasado por alto y se enfrenta a una opinión absolutamente dominante en su tiempo) perseguía con su trabajo la destrucción de la psiquiatría.

SZASZ reconoció en muchos momentos que la psiquiatría podría ser una ciencia y la psicoterapia un medio útil de ayudar a quien lo necesitara⁶²⁰. Además, tampoco sería preciso decir (incluso en contra de lo que él mismo sostuvo en ocasiones) que creía preciso abolir el internamiento psiquiátrico involuntario, para empezar, porque derivaba buena parte de las, por él cuestionadas, enfermedades mentales al ámbito de la neurología y al correspondiente tratamiento médico ordinario⁶²¹. Asimismo, defendió la necesidad de regular legalmente el establecimiento del internamiento involuntario para los (no tan excepcionales como él pretendía) “supuestos de emergencia”, que dividía en dos clases: casos de pacientes pasivos no comunicativos (que deberían ser tratados como pacientes médicos inconscientes) y casos de sujetos agresivos y paranoicos que amenazasen con violencia (que deberían ser gestionados por el sistema penal)⁶²². Es importante precisar, en todo caso, que esta preferencia por el sistema penal no respondía a propósito punitivo alguno, sino tan solo a remitir al enfermo a un sistema en el que pudiera disfrutar de las garantías de las que carecía en el entorno psiquiátrico.

Por todo ello, quizás lo más preciso sería sostener que defendió, como buena parte de la llamada “antipsiquiatría”, la drástica reducción de los tratamientos involuntarios, el establecimiento y reconocimiento de derechos de los pacientes “enfermos mentales”, la imposición de límites éticos a la psiquiatría y, en definitiva, su humanización. Quizás en nuestros días algunos de sus pasajes puedan erróneamente interpretarse como supuestos

⁶¹⁹ SZASZ, T. S., *Law, Liberty, and Psychiatry*, p. 56.

⁶²⁰ SZASZ, T. S., *The Myth of Mental Illness*, p. xi.

⁶²¹ SZASZ, T. S., *Law, Liberty, and Psychiatry*, p. 15.

⁶²² *Ibíd.*, p. 226.

de excentricidad, pero, si atendemos al momento en el que SZASZ defendía sus postulados (tiempo en el que los “tratamientos” podían llegar a ser asombrosamente agresivos no solo éticamente, sino también física y psíquicamente), no pueden sino leerse como una cerrada defensa de los derechos fundamentales de algunos de los más vulnerables individuos de nuestras sociedades.

Los cambios acaecidos en las últimas décadas en la práctica psiquiátrica deben ser, lógicamente, celebrados. El internamiento y aislamiento sistemático de los enfermos psiquiátricos había sido entendido en su momento, ya lo explicábamos antes, como una forma de apartarlos y excluirlos de la vista de los “ciudadanos normales”. Se acaba así con una de las dos formas principales de exclusión social: la simple exclusión física. Sin embargo, la psiquiatría no ha podido deshacerse hasta ahora (y seguramente tampoco llegue nunca a hacerlo) de la otra forma de exclusión con la que cuenta cualquier sistema social: la exclusión comunicativa. Es decir, la exclusión que supone que lo que diga, opine o piense un sujeto no sea apto para ser tomado en consideración y discutido, tal y como se hace, por ejemplo, con un niño pequeño⁶²³. El hecho, sin embargo, de que la invasión física que la psiquiatría pueda implicar sea, en principio, menor ha supuesto, entre otros factores, que la sociedad baje la guardia ante esta disciplina y se produzca una auténtica inflación diagnóstica. Tanto es así que autorizados psiquiatras alertan últimamente de que la “normalidad” está siendo seriamente puesta en peligro⁶²⁴.

⁶²³ En este punto resultan extraordinariamente certeras (y llamativamente claras) las consideraciones de FOUCAULT, M., *El orden del discurso*, Austral, Barcelona, 2018 (publicación original: 1970), p. 16, cuando sostiene que “[d]esde la más alejada Edad Media, el loco es aquel cuyo discurso no puede circular como el de los otros: llega a suceder que su palabra es considerada nula y sin valor, que no contiene ni verdad ni importancia, que no puede testimoniar ante la justicia, no puede autenticar una partida o un contrato, o ni siquiera, en el sacrificio de la misa, permite la transubstanciación y hacer del pan un cuerpo”. Ello con independencia de que más adelante matice (de forma ya algo más confusa) que actualmente “la línea de separación, lejos de borrarse, actúa de otra forma, según líneas diferentes a través de nuevas instituciones y con efectos que en absoluto son los mismos” (p. 18).

⁶²⁴ FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?*, p. 23; algo, por cierto, de lo que ya alertaba SZASZ, T. S., *The Myth of Mental Illness*, p. 71, cuando sostenía que la evasión de conflictos interpersonales o morales a través del concepto de enfermedad estaba llevando a considerar como facetas de la enfermedad un amplio espectro de comportamientos desviados morales y políticos. En línea similar y enormemente clarificadora, FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?*, p. 109, sostiene que “vivimos en un mundo homogeneizador, cada vez somos menos tolerantes frente a las diferencias o excentricidades individuales y tendemos a considerarlas enfermedades”. En un planteamiento similar, pero orientado a la perspectiva penal, hemos de tener en cuenta que, como señala MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 369 y ss., “[n]o existe lo ‘normal’ en psicología más que con contornos muy borrosos e influido además, siempre, por una determinada consideración ideológica. A esto hay que añadir que el derecho a expresar las propias preferencias distintas de las mayoritarias, a vivir según las rarezas de cada uno, forma parte de los derechos de

Esta restricción de lo que debe ser considerado “normal” supone, como veremos con detalle más adelante, un importante problema⁶²⁵. Así, la restricción de lo que es definido como “normal” aboca indefectiblemente a un exigente modelo perfeccionista de individuo del que es fácil salir para caer en la “anormalidad”, con los costes sociales y jurídicos que esta puede conllevar. En definitiva, conduce a un modelo autoritario de la concepción de la normalidad. Además, simultáneamente, implica la división y polarización de la ciudadanía, poniendo el acento en las diferencias de cada uno, en lugar de lo que la ciudadanía (el destinatario de la norma penal) tiene en común. La normalidad, o la salud mental, pierde valor como criterio orientador si, bien mirado, prácticamente todos somos anormales o enfermos⁶²⁶.

El “drama” de la situación descrita es que evidentemente toda sociedad requiere de fuerzas centrípetas que la provean de un cierto grado de homogeneidad haciéndola sostenible y estable, pero estas fuerzas pueden desbocarse y buscar una identidad autoritaria, una homogeneidad tendencialmente absoluta. Y la psiquiatría desempeña en esto un papel esencial, seguramente más importante todavía que el del propio Derecho penal, pues el aire tuitivo que la acompaña (en unas ocasiones más justificadamente que en otras) hace que su intervención cuente con menos límites y cautelas⁶²⁷. Como desarrollaremos más adelante, cuando pretendemos preocuparnos por los derechos y la

libertad y del respeto al libre desarrollo de la personalidad reconocidos por la Constitución. En consecuencia, las eximentes de inimputabilidad han de hacer referencia a un nivel especial de anormalidad, a un grado de anormalidad que traspasa ese círculo, alcanzando un estadio en el que los poderes públicos sí han de tomarlo en consideración”.

⁶²⁵ A modo de anticipo (no estrictamente jurídico), baste con señalar que, como indica FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?*, p. 139, “ser etiquetado como víctima de un trastorno mental ‘marca’ a la persona de formas que pueden provocar muchos daños colaterales. El estigma adopta muchas formas, viene de todas direcciones y, en ocasiones se manifiesta ostensiblemente, pero también puede ser extraordinariamente sutil. Se trata de un comentario cruel, la sonrisita desagradable, la exclusión del grupo (...) pero también de la disminución de expectativas, el ofrecimiento de ayuda cuando no se necesita ni se ha solicitado, la comprensión paternalista de que no se está a la altura”. En un sentido parecido, QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, p. 104.

⁶²⁶ Así, FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?*, p. 29, señala, en paralelo, con toda razón que “el concepto de salud pierde valor cuando es tan inalcanzable que todo el mundo está enfermo al menos en parte”. De este modo, como ha señalado CHRISTIE, N., *La industria del control del delito*, p. 164, “en la psiquiatría ocurre (...) lo mismo que en el derecho penal. La mayoría de nosotros hemos cometido actos que podrían haber sido considerados delictivos y la mayoría de nosotros hemos actuado de maneras que podrían haber causado que nos diagnosticaran algún tipo de trastorno mental”.

⁶²⁷ Quizás tuviera razón entonces SZASZ, T. S., *Law, Liberty, and Psychiatry*, p. 212, al fin y al cabo, cuando señalaba, hace ya más de medio siglo, que estábamos asistiendo al surgimiento del “Estado Terapéutico”, como corolario o resultado principal del rol de la psiquiatría como institución de control social.

libertad de un sujeto de manera seria y comprometida no basta con tratar de evitar que caiga en el sistema penal (cuando hay motivos para este intento), sino también por preguntarnos qué va a pasar después con él. La psiquiatría, la patología, no es siempre una mejor alternativa en estos términos al Derecho penal, al castigo. A veces puede ser preferible (subjetiva e intersubjetivamente) el castigo al tratamiento. Sin embargo, de manera en exceso simple, para defender a determinados sujetos tratamos frecuentemente de patologizarlos.

Como elemento adicional se debe señalar una última cuestión y es la del potencial incremento de este problema (o, mejor, amenaza) en el futuro. Hasta ahora era el poder político el que, por sus propios (y, en ocasiones, legítimos) intereses, propugnaba, por cierto, no siempre de una forma plenamente consciente, un modelo en exceso estrecho de normalidad. Ahora es también el poder privado (económico) el que persigue la patologización porque, como dice FRANCES (quien fuera el encargado de dirigir la cuarta edición del importantísimo manual diagnóstico de enfermedades mentales DSM, por lo que su opinión en este punto resulta especialmente significativa), este ha comprendido que “la mejor forma de vender píldoras psicotrópicas es vendiendo enfermedades psicotrópicas”⁶²⁸.

⁶²⁸ FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?*, p. 120. Esta cuestión nos enfrenta al importantísimo problema de la privatización del control social. Si la psiquiatría es, como parece claro, una forma de control social y su ejercicio se va emancipando progresivamente del poder público, las dificultades se manifiestan en toda su extensión. No nos resulta posible ahora abordar la cuestión planteada (que, con certeza, requeriría un estudio monográfico). Pero sí quisiéramos dejar apuntado algo. Como MARKANTONATOU, M., *Der Modernisierungsprozess staatlicher Sozialkontrolle - Aspekte einer politischen Kriminologie*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, 2005, p. 9, ha puesto de manifiesto, “la Historia del control social es la Historia del desarrollo del Estado”. Por ello, “quien aboga por que el Estado no siga representando el papel central del control social debería también justificar aquello a lo que este desempoderamiento del Estado ha conducido y explicar cuáles son los actores que ejercerán el control social”. El marco del poder público estatal garantiza una serie de formalidades, controles y transparencia a los que la actividad privada escapa. La delimitación de los objetivos y de los medios para alcanzarlos responden también a diversas lógicas. Por ello, seguramente, contra lo que parece el espíritu mayoritario de nuestro tiempo, no resulta deseable proseguir el camino de desestatalización de los conflictos. Con todos sus defectos (que son muchos y muy trascendentes), el marco estatal es el mejor de los entornos posibles para discutir qué tipo de control queremos y, lo que es más importante, cuáles serán sus límites. Por supuesto, el proceso estatal no es perfecto y se ve influido de forma desigual por agentes también desiguales. Sin embargo, ello es un *defecto* (una anomalía) en el funcionamiento de un Estado democrático que debe ser corregido. La descentralización y privatización del conflicto conduce igualmente a esta situación, pero, en este contexto, ya no es un defecto en el funcionamiento del sistema, sino precisamente una de las *características* que lo constituyen. Por ello, como señala INNES, M., *Understanding social control*, p. 144, aunque parezca contraintuitivo, la percepción de que el control social es cada vez más intenso y sistemático es perfectamente compatible con la constatación de que en varios ámbitos el Estado ha traspasado su poder a otros actores de control social para

Las consideraciones anteriores tienen una doble finalidad. La primera es facilitar la lectura de las siguientes páginas, pero la segunda, y principal, es poner de relieve que psiquiatría y Derecho penal comparten hasta cierto punto sus finalidades y, sin embargo, en buena medida se separan. Por un lado, la psiquiatría no se dirige solo al control social, sino también al tratamiento terapéutico. Por otro lado, cuando se dirige al control social lo hace de manera distinta: aparentemente es menos lesiva y, con seguridad, menos garantista. Es precisamente por ello por lo que las valoraciones de carácter psiquiátrico no pueden ser sin más asumidas por el operador jurídico. Aunque, en ocasiones, psiquiatría y Derecho penal puedan ir de la mano, no siempre reman en la misma dirección. El problema de las instituciones que comparten en buena medida funciones y objetivos es que resulta difícil percibir los supuestos en los que precisamente eso no sucede. En esos momentos, los peligros de una intervención social (jurídica o clínica) errada se disparan.

III. Cuánto individualizar

Es razonable (y muy comprensible) que la primera respuesta que acuda a la cabeza del lector a la pregunta que da título a este epígrafe sea: todo lo posible. La justicia de una decisión, parece asumirse naturalmente, reside en lo particularizada y detallada que esta sea. Cuanto mayor sea la información analizada, más correcta será también la resolución del caso. Sin embargo, es de temer que esta respuesta a primera vista tan intuitiva no sea, pese a todo, la más adecuada.

No discutiremos en estas páginas algo que en alguna medida ya se ha hecho en los primeros capítulos. Si allí indicábamos que pueden (y deben) existir restricciones éticas en la determinación de la concreta peligrosidad de un sujeto, pues, entre otras cosas, debe existir un ámbito de privacidad libre de escrutinio, parece que algo similar se podría sostener aquí⁶²⁹. Un análisis global del caso implica también una injerencia global en la persona: preguntarse acerca de su infancia, sus miedos, deseos, secretos, relaciones familiares, amorosas, etc. Es necesario, desde una perspectiva axiológica, establecer un

gestionar la desviación. Vid. también, sobre el auge del sector privado como actor de control social, SINGELNSTEIN, T. y STOLLE, P., *Die Sicherheitsgesellschaft*, pp. 103 y ss.

⁶²⁹ Vid. supra, Capítulo II, epígrafe IV.

punto de corte que tenga finalidad limitativa⁶³⁰. No toda la vida de una persona puede ser objeto de valoración, es necesario respetar un ámbito de privacidad. Sin embargo, como decíamos, este planteamiento ha de quedar aquí meramente esbozado y no será desarrollado en las próximas páginas.

En lo que sigue se describirán someramente dos clases de límites que deben inevitablemente ser tenidos en cuenta. El primero de ellos tiene un carácter en esencia funcional: individualizar demasiado puede hacer perder fuerza a la misión del Derecho. El segundo cuenta con una dimensión de carácter más axiológico: no solo no podemos, sino que además no debemos individualizar demasiado, puesto que individualizar es diferenciar y en ocasiones hay buenos motivos para no querer generar una distinción.

1. Límites funcionales a la individualización

El Derecho tiene una eminente función reguladora en la vida social. Con su propia existencia el Derecho pretende (de forma más o menos inmediata en función de la concreta teoría que se sostenga en este punto) incidir en las acciones de los individuos; ya sea dirigiéndose directamente a ellos (en el entendimiento de que las normas son “normas de determinación”), o a la sociedad en su conjunto para que sea esta la que transmita unos determinados postulados a los individuos (en el entendido teórico de las normas como “normas de valoración” o como generadoras de expectativas socialmente útiles). Sea como fuere, el ordenamiento jurídico debe mantener el contacto con la realidad si pretende influir sobre ella. El problema en este punto es que muchas veces se confunde la “realidad” con lo “empírico-naturalístico” cuando esto es solo una parte de la realidad⁶³¹. La praxis social (consensuada o meramente desarrollada) es también un componente de esta⁶³². Perder de vista esta perspectiva puede acarrear importantísimos

⁶³⁰ Y todo ello con independencia de que, como se señaló en el capítulo anterior, la selección de qué cualidad debe ser valorada se halle indisolublemente ligada a la existencia real de una posibilidad de hacerlo. Esto es: la existencia de un instrumento de medida que permita, en algún grado, su determinación. Hasta donde alcanzamos a ver, tal instrumento se encuentra (puede que por fortuna) más allá de nuestros horizontes científicos más inmediatos.

⁶³¹ Rotundo en un sentido parecido (hablando del carácter espiritual de la culpabilidad) era KAUFMANN, ART., *Das Schuldprinzip*, p. 178, cuando explicaba que “la metafísica no está más allá de la realidad, sino más allá de lo material, se trata de ‘realidad’ en un sentido más elevado” (“*das Metaphysische ist nicht über-wirklich, sondern nur über-stofflich, es ist eine Wirklichkeit höherer Art*”).

⁶³² En este sentido, resultan sumamente enriquecedoras las consideraciones de SEARLE, J. R., *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997 (publicación original: 1995), acerca de

problemas para el correcto desempeño de la función del Derecho. Dentro de la sociedad (casi avergüenza decirlo a estas alturas) la atribución de responsabilidad es un fenómeno indiscutible. La responsabilidad se emplea como mecanismo de convivencia y sirve para delimitar los ámbitos de competencia de los distintos sujetos a la vez que se emplea para atribuir una concreta infracción a un determinado individuo. Esto, que será importante en próximas páginas, quiere decir que la responsabilidad, en abstracto, delimita el mundo de competencias (esencialmente deberes) de las personas, pero también (en concreto) sirve para atribuir la infracción cometida en dicho ámbito a otro sujeto o a la casualidad. La responsabilidad forma parte de la realidad en tanto que práctica social. Se practica en toda sociedad humana (y, como apuntábamos en el capítulo anterior, incluso en algunas no humanas) y cuenta con existencia propia. En definitiva, la responsabilidad *es*, con independencia de cómo *deba ser*.

Hace ya tiempo HASSEMER dijo algo que, aunque aparentemente despierta un cierto recelo por conservador (en sentido estricto, no necesariamente político), resulta difícilmente cuestionable: “el Derecho penal no puede (...) alejarse demasiado de las atribuciones de culpabilidad que se dan en la vida cotidiana. Y tampoco puede pretender tal alejamiento. Una política criminal racional debe contar con irracionalismos sociales, debe elaborarlos, cambiarlos a largo plazo, pero no puede negarlos simplemente. Una política criminal que sea muy avanzada para su época pierde la vinculación con su tiempo y se convierte, alejada de la realidad, en irracional, en algo peligroso”⁶³³. Es este el punto de partida de las consideraciones que siguen.

los llamados “hechos institucionales”, hechos que, para existir, necesitan instituciones humanas (p. 21). De manera breve, la “realidad social” requeriría, para su adecuada comprensión, la previa asignación de una función a una determinada realidad ontológica, la existencia de una intencionalidad colectiva con respecto a la concreta institución, el establecimiento de reglas constitutivas para permitir su aparición y la presencia de un trasfondo común de capacidades (pp. 32 y ss.). La adecuada combinación de todos estos factores permitiría crear (o mantener) instituciones sociales que, tomando como base una realidad ontológica, resultan independientes (reales) prescindiendo de lo que un observador concreto pueda creer u opinar de ellas. El dinero o la institución del matrimonio, por ejemplo, aunque ciertamente no se entenderían sin la proyección de una valoración social por parte de la comunidad, *son* (existen) independientemente del reconocimiento individual que se haga de ellos. Así, la afirmación “para mí no existe el dinero”, sería una afirmación absurda si pretendiera representar con ella algo más que una determinada expresión de una opinión o idea política.

⁶³³ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 276. En una línea muy similar, JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, pp. 22 y ss.; e igualmente MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad*, p. 609. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 33, en un sentido no muy distante, ha defendido que “el sistema de responsabilidad penal será tanto más sólido cuanto mejor exprese, de forma depurada pero comprensible, las ideas sociales vigentes sobre cuándo alguien debe responder por sus actos y en qué

Distintos autores se han ocupado de esta problemática desde posiciones similares. La idea esencial en este punto es, sin embargo, clara: debe respetarse el grueso de la atribución social de la culpabilidad. Ir mucho más allá de lo que la sociedad practica dará lugar a una pérdida de reconocimiento del Derecho en este punto, en detrimento de su función. Así, por ejemplo, como señalan JAKOBS, PEÑARANDA RAMOS y CANCIO MELIÁ, lo ubicuo, aquello que se halla generalizado, no puede disculpar⁶³⁴. Y no puede hacerlo por la

grado. Allí está su fuerza, y no en refinadas e inaccesibles construcciones conceptuales”. También, aunque ya de manera más matizada y en expresa referencia a los que deberían ser objetos de protección del Derecho penal y no a la atribución de culpabilidad, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, BdeF, Buenos Aires, 2015, p. 38. Vid., sobre la importancia de atender a las emociones y sentimiento humanos asociados al castigo, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, pp. 87 y ss. Con todo, lo cierto es que esta “contaminación social” de los juicios de culpabilidad no conduce solo a restringir el ámbito de su exclusión, sino que, por el contrario, puede espolear a la dogmática en la búsqueda de soluciones jurídicas socialmente más satisfactorias. Es este uno de los grandes méritos de las (en ocasiones tan injustamente criticadas) concepciones funcionales de la culpabilidad. Así, una construcción normativa socialmente sensible no necesariamente ha de dirigir a un ordenamiento punitivista. Hace ya casi un siglo comenzaba su trabajo FREUDENTHAL, B., *Culpabilidad y reproche*, pp. 63 y ss., denunciando que “[e]n ningún punto la opinión pública es tan susceptible como en el de la culpabilidad. Ella considera insoportable la condena del inocente. Pero nosotros, los penalistas, estamos tan estrechamente atados al gremio, que apenas nos hemos planteado, en la estructuración de los conceptos de culpabilidad, dolo y culpa, si éstos concuerdan con las concepciones de los profanos. Más de alguna vez declaramos culpable al que, en el lenguaje de los legos, ‘nada podía’ hacer en lo sucedido, al que ‘ha obrado como cualquiera habría hecho en su lugar’ (...) mas esto no le conviene al Estado. Cuando no se comprenden los fallos de los tribunales y se experimenta, aunque de forma puramente sentimental, que la pena recae en hombres que en el propio lenguaje se llama inocentes, entonces se crea o ahonda el tantas veces deplorado abismo entre el pueblo y el Derecho, que nosotros, los juristas, más que nunca tenemos motivos de evitar”. Que una de las obras esenciales en la consagración del concepto normativo de culpabilidad se inicie así no es casual y evidencia uno de los focos esenciales de preocupación de esta clase de construcciones y uno de sus puntos más fuertes.

⁶³⁴ JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2003 (reimpresión de 2016), pp. 96 y ss., sostiene que “si se trata de una situación especial, no susceptible de generalización, se destaca la naturaleza, es decir, se exculpa. Pero si una exculpación perturba el orden establecido, sea que hay que temer la extensión de la situación, sea que se eluden los procedimientos previstos para la solución de conflictos, la observancia de la norma sigue siendo exigible (...) nunca es el miedo sólo lo que exculpa, sino siempre el miedo en un contexto en el que la indulgencia no perturba el orden; entonces se presenta como naturaleza que no se puede dominar”. Aplica también el criterio de la no ubicuidad concretamente a la imputabilidad en JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 537, en el entendido de que lo ubicuo no permite distinguir y sin distinción no es posible achacar el conflicto al “trastorno” del sujeto. En un sentido similar se ha pronunciado también PEÑARANDA RAMOS al sostener que “la condición de niño o de loco no puede conducir a eximir de responsabilidad en una sociedad en la que ése sea un dato común” (vid. “Informe a la discusión” en ROXIN, C., JAKOBS, G., SCHÜNEMANN, B., FRISCH, W. y KÖHLER, M., *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 197); idea que se expone de modo muy parecido en PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M., “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, pp. 49 y ss. También CANCIO MELIÁ, M., “Psicopatía y Derecho penal”, p. 264, adopta un argumento similar para rechazar la relevancia que podría tener sobre los procesos de atribución de responsabilidad la discusión acerca de la existencia del libre albedrío. En una línea próxima se puede leer también a STRAWSON, P., “Freedom and Resentment”, p. 12, cuando señala que las actitudes reactivas que tenemos frente a los demás se ven desplazadas por reacciones objetivas cuando se excluye al agente de la categoría de humano adulto normal, pero, por definición, esta actitud objetiva no podría darse cuando la “anormalidad” fuera una

sencilla razón de que el sistema de atribución de responsabilidad decaería si no fuera posible responsabilizar a prácticamente nadie; algo que en abstracto podría sonar tentador (y de hecho fue asumido por determinadas corrientes científicas, especialmente al negar el libre albedrío), pero que es socialmente muy dañino, puesto que, recordemos, la atribución de responsabilidad cumple una (valiosa) función social. Una exculpación entendida de manera demasiado amplia haría que la responsabilidad perdiera su valor como criterio de orientación de la vida en sociedad. En las atinadas palabras de SILVA SÁNCHEZ, “[e]l Derecho penal se asienta sobre el presupuesto de la posibilidad de individualizar la responsabilidad. Así, no hay Derecho penal en sentido estricto cuando ‘nadie es responsable’; y tampoco cuando ‘todo el mundo es responsable’. El Derecho penal parte, por el contrario, de que, dado un determinado hecho, algún o algunos sujetos son responsables, y el resto, no”⁶³⁵.

Además, existe otra importante razón por la que lo ubicuo no puede disculpar y esta no se encuentra relacionada directamente con la función de la atribución de responsabilidad, sino con su procedimiento, su forma de operar. Como vimos en el capítulo anterior la atribución de responsabilidad no es más que un proceso de comparación. Y para comparar es necesario, fundamentalmente, algo que comparar con una comunidad de referencia. Lo ubicuo no puede ser nunca ese “algo que comparar” y ello es así porque aquello que se encuentra generalizado no puede servir para distinguir a una persona de otra, sino que constituye un elemento definitorio de lo que una persona es. Lo que prácticamente todos tenemos en común no puede describirse como una anomalía (y la inimputabilidad lo es), sino como una característica habitual.

En el marco de todo este debate son también interesantes las consideraciones de GÜNTHER. Creemos no interpretarle mal cuando mantiene que es preciso distinguir entre los criterios de vigencia y validez de la norma. La legitimación de la norma sería independiente de las diferentes prácticas sociales (*Lebensformen*), aunque una y otras

condición universal. Por su parte, COUSO SALAS, J., *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad*, p. 350, considera que, si bien es cierto que “la exclusión de la culpabilidad debe ser la excepción, si se pretende mantener su capacidad garantista”, ello no es consecuencia de un límite derivado de la función preventiva del Derecho, sino que deriva de un “límite lógico, o, si se quiere, ontológico lingüístico”, ya que “un ordenamiento jurídico que pretende prevenir por medio de la amenaza de la pena, y que garantiza sin embargo, que sin culpabilidad no impondrá pena, entiende por culpabilidad algo que está presente siquiera en alguien”.

⁶³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *En busca del Derecho penal*, p. 125.

pudieran solaparse (e incluso, mantiene, ello pudiera llegar a ser deseable). Esto, sin embargo, no sería ninguna condición positiva de la validez de la norma, sino tan solo de la estabilidad de su vigencia fáctica⁶³⁶. La validez de las normas, estrechísimamente ligada en la teoría de este autor a la culpabilidad materialmente entendida, derivaría del hecho de haber podido su destinatario incidir democráticamente en el proceso de elaboración de las normas a las que ahora se encuentra sometido⁶³⁷. De esta manera se disocia la validez de la norma (y consecuentemente el posible reproche de culpabilidad) de las condiciones para su vigencia práctica. Esto es, las condiciones de respeto de la norma no coinciden con las necesarias para fundamentar un reproche por la culpabilidad. La vigencia de la norma dependerá, entonces, de su adecuación a las pautas sociales. Un excesivo distanciamiento entre la práctica y la norma nada dirá sobre su legitimidad, pero sí sobre su escasa funcionalidad. Trasladado todo esto al terreno en que ahora nos encontramos: un concepto muy amplio de inimputabilidad podría ser, quizás, en opinión de GÜNTHER, legítimo, pero si se desmarca demasiado de las pautas sociales sería también disfuncional (o, en sus palabras, no vigente).

Igualmente, HASSEMER se ha pronunciado sobre este extremo señalando que “una teoría penal de la imputación no puede distanciarse tanto de los procesos habituales de imputación que se dan en la sociedad hasta el punto de que su relación con los mismos, desde el punto de vista estructural y conceptual, se rompa por completo”⁶³⁸. Incluso si estos son inadecuados, no se puede meramente ignorarlos, sino que deben ser tenidos en cuenta y paulatinamente mejorados. “La imputación en Derecho penal es parte integrante de cualquier cultura y, por ende, de cualquier cultura jurídica. Por ello no puede abandonar este ámbito”⁶³⁹.

Resumiendo lo común de estas posturas en lo que respecta a la cuestión que ahora analizamos (cuánto debe individualizarse la atribución de imputabilidad) se puede decir que hay límites sociales a la determinación normativa. Puede ser loable pretender un perfeccionamiento de la atribución de responsabilidad distanciándose de la propia praxis

⁶³⁶ GÜNTHER, K., *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 237.

⁶³⁷ *Ibíd.*, pp. 245 y ss.

⁶³⁸ HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 88.

⁶³⁹ *Ibíd.*, p. 88.

social de imputación. Sin embargo, este perfeccionamiento debe tener lugar por la vía de mejoras incrementales, lentas y progresivas. El Derecho penal no puede distanciarse de la sociedad de la que trae causa. Un Derecho penal que se diferencia demasiado de ella se ve abocado a la incomprensión y, consecuentemente, a la pérdida de su capacidad de integración, comunicación y, en definitiva, fuerza directiva (orientación). Como resultado de todo esto, no se debe pretender una individualización radical por el mero hecho de que tal individualización no se produce en el seno de nuestras sociedades. Es cierto que es ese el camino que, poco a poco, se va recorriendo. Pero no es menos cierto que en ese camino estamos todavía muy lejos de un análisis verdaderamente pormenorizado de la individualidad de cada sujeto.

2. Límites axiológicos a la individualización

Si el epígrafe anterior abordaba las limitaciones fáctico-sociales (o, si se prefiere, “funcionales”) a la individualización, lo que se pretende en este es plantear otra serie de limitaciones igualmente importantes: las restricciones de carácter ético a la misma. En una aproximación preliminar podría parecer contradictorio o paradójico que en el ámbito de la atribución de responsabilidad se puedan esgrimir argumentos para no profundizar en la individualización, esto es, para no saber más. En principio, señalábamos antes, el ideal de justicia parece guiarnos hacia la mayor escrupulosidad y pormenorización en el análisis de cada caso. Justa sería la solución más adaptada a cada supuesto concreto y esta respuesta se podría adaptar más cuanto más detallado fuera el caso. De esta forma, justicia y concretización parecerían hallarse en una relación directamente proporcional: a mayor concreción, mayor justicia.

Sin embargo, esta apariencia puede resultar engañosa, ya que en determinados supuestos puede haber buenos motivos (al margen de los ya referidos en el apartado anterior) para decidir no seguir individualizando. La idea esencial aquí es que individualizar es distinguir y las distinciones no son neutras. Todo lo contrario, pueden suponer importantes costes que también deberían ser tenidos en cuenta a la hora de individualizar⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ Un muy ilustrativo ejemplo a este respecto se puede encontrar aquí en SANDEL, M., *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, 2ª ed., Marbot, Barcelona, 2015, passim. En este trabajo el autor aborda algunas de las más importantes cuestiones vinculadas con los dilemas éticos derivados de los avances científicos en materia de diseño genético. No nos detendremos en las

Reiteramos ahora lo que ya se indicó a comienzos de este capítulo: la intimidad, la existencia de una esfera auténticamente privada, puede ser uno de esos límites, aunque su concreta configuración resulte problemática. En principio, si entendemos la inimputabilidad como algo beneficioso para el sujeto, sería extraño hacer jugar el “límite de la privacidad” contra el tratamiento beneficioso. Más complicado todavía sería negar, en ese caso, la disponibilidad de tal esfera privada, de tal manera que el sujeto concreto pudiera renunciar a ella para ser “beneficiado” por una declaración de inimputabilidad. Pero, como dijimos, en este trabajo no profundizaremos en esta interesante cuestión por varios motivos. Para empezar, se trata de una materia de marcado carácter constitucional (lo que desbordaría los límites y pretensiones de este trabajo). Además, su trascendencia probablemente sea menor que la de los motivos que se ofrecerán a continuación, pues su alcance se reduce a la relación Estado/individuo (y no a la propia configuración del Estado, como veremos luego). Finalmente, desde los postulados que se mantendrán en este trabajo resulta claro que la inimputabilidad no comporta necesariamente un tratamiento jurídico beneficioso para el sujeto y en consecuencia las grandes problemáticas planteadas (función de garantía, disponibilidad, etc.) carecerían de sustento⁶⁴¹.

diferentes aristas que plantea esta problemática, pues nos llevaría muy lejos del objeto de esta investigación. Pero sí nos serviremos de uno de sus ejemplos para ilustrar de qué manera puede ser rechazable también “conocer más” en materia genética por los problemas que se pueden producir como consecuencia de este mayor conocimiento. En relación con esta problemática, SANDEL señala cómo un mayor conocimiento de nuestra diversidad genética podría erosionar nuestro sentido de la solidaridad. De este modo, sostiene el autor, “cuanto más conscientes somos del carácter azaroso de nuestro destino, más razones tenemos para compartirlo con otros” (p. 144). Así, a través del ejemplo de los seguros médicos, el autor aclara que los “sanos” terminan financiando a los “enfermos” porque existe un cierto desconocimiento a la hora de suscribir una póliza acerca de si uno será “sano” o “enfermo”. Si los conocimientos en el ámbito genético avanzasen mucho y pudieran ser legítimamente tomados en consideración por las aseguradoras el efecto sería que aquellos que pudieran contar, en principio, con una mejor salud se negarían a participar de unas pólizas “exageradamente caras” para ellos, solo por financiar el eventual tratamiento médico de personas de peor fortuna. Que a esto lo llamemos “solidaridad” o “gestión actuarial del riesgo médico” poco importa. Lo relevante es que, con independencia de la denominación por la que optemos, es valioso que todos contribuyamos a la salud de aquellos que por sí mismos no podrían garantizársela. Si esta situación se ve reforzada (más allá de los sentimientos puramente altruistas) por una cierta dosis de desconocimiento, no se puede sino concluir que ese desconocimiento es, en este punto, socialmente valioso.

⁶⁴¹ En este punto, es importante adelantar que, como se desarrollará con mayor detalle luego, la declaración de inimputabilidad no siempre es “lo bueno”, frente a “lo malo” que la declaración de responsabilidad supone. El problema de esta percepción posiblemente reside en haber analizado el Derecho penal atendiendo prácticamente siempre de manera exclusiva (o prioritaria) a la pena, pasando por alto otros muchos mecanismos de represión con los que cuentan la sociedad y el Derecho (como la exclusión social, la patologización, el Derecho administrativo, etc.). Es evidente que en los orígenes de aquello que podemos caracterizar como “Derecho penal” la mayor amenaza estatal para la libertad ciudadana residía en la pena. Sin embargo, es importante actualizar esa perspectiva ideológica. El plano material de la realidad (social y jurídica) se ha visto fuertemente desarrollado en el último siglo. Mantener firmes principios o ideas que surgieron en otro contexto material puede hacer que estos devengan, en el mejor de los casos, incorrectos y, en el peor de los casos, contraproducentes. Caracterizar la inimputabilidad como lo beneficioso supone pasar por alto el gran coste y la enorme privación de derechos (en multitud de ocasiones, mucho más intensos de los que suponen las penas) que una declaración de la misma supone. No es razonable analizar el Derecho penal en el vacío como

Acerca del grado de individualización posible, MARTÍNEZ GARAY ha efectuado certeras consideraciones cuando, al hilo del cuestionamiento del libre albedrío como eventual fundamento de la culpabilidad, manifiesta que el exceso de individualización conduciría al “serio peligro de no castigar nunca”⁶⁴². Esto, explica la citada autora, entre otras cosas porque “el análisis detallado del contexto motivacional que rodea cada hecho, delictivo o no, a lo que tiende es a poner de manifiesto cada vez más condicionantes y a hacer desaparecer los espacios de libertad. Porque toda explicación se produce atribuyendo los sucesos a causas, a motivos o a razones, el intento de comprender lo más completamente posible el porqué de un determinado acontecimiento indefectiblemente conduce a que cada vez más ese acontecimiento se explique como el producto de las circunstancias que lo propiciaron”⁶⁴³. Descender demasiado al plano de lo concreto (esto es, individualizar) no puede más que conducir a un entendimiento del ser humano como un engranaje más de la cadena causal de un suceso. Es necesario establecer algún punto de corte (normativo) en el que la individualización cese, pues de lo contrario todo hecho tendría su explicación causal y con ello tendería a la exculpación⁶⁴⁴. De esta manera se haría inviable el correcto funcionamiento del sistema social.

si no se relacionara con otras instituciones de regulación de la conducta. El Derecho penal es una de estas instituciones, no la única, ni la más importante.

⁶⁴² MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 180. Vid., en similar sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad*, pp. 82 y ss.

⁶⁴³ MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 180.

⁶⁴⁴ En este sentido destaca la propuesta efectuada por MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad*, pp. 165 y ss., que plantea el problema con suma claridad. Dicho autor explica que “la constante vinculación histórica entre imputación/responsabilidad y causa libre, o la insistencia de los autores libertarios, continuadores de aquella tradición, en detener la búsqueda de causas en un autor original, responden a una misma preocupación: encontrar un *punto de corte* en los antecedentes causales del hecho que impida remontar su originación hasta el infinito, como parece inevitable en un sistema determinado” (p. 165). Sin embargo, la cuestión, prosigue el autor, resulta sumamente compleja, pues “¿[d]ónde y con qué criterios rompemos la cadena causal para imputar un hecho a uno de sus antecedentes y no a su vez a los que preceden causalmente a éste? La solución sería la causa libre, originaria, la genuina capacidad de actuar de manera distinta, pero tal cosa no existe. Si nos conformamos con menos, con una causa voluntaria, libre sólo en la forma restringida que hemos examinado, surge con toda su fuerza el argumento esgrimido insistentemente contra los compatibilistas: ¿por qué detenernos aquí?; ¿por qué no tomar en consideración que las razones del sujeto para actuar son a su vez el efecto de hechos anteriores ajenos a su control?; ¿qué es la libertad de acción sin libertad de elección” (p. 166). La respuesta a esta problemática la ubica MOLINA FERNÁNDEZ, acertadamente a nuestro juicio, tal y como se verá, en que “el respeto a la personalidad, que es un elemento esencial de la responsabilidad moral, obliga a detener la indagación causal precisamente en el punto en el que quedaría cuestionada la propia personalidad” (p. 167). El reconocimiento de la personalidad (del individuo como tal) se erige así en motivo (y no en presupuesto) central de la atribución de la responsabilidad. Una propuesta similar, desde unos postulados en buena medida distintos, fue efectuada hace ya tiempo por KELSEN, H., *Teoría pura del*

MARTÍNEZ GARAY explica esto de forma ciertamente clara cuando se cuestiona el motivo que nos lleva a excluir los condicionantes socioeconómicos o familiares, el fracaso escolar o el carácter agresivo del juicio de imputabilidad. Máxime si tenemos en cuenta que, como señala la autora, estos factores pueden tener una enorme incidencia a la propensión a delinquir (mayor, quizás, que la de algunas causas de inimputabilidad admitidas legal y jurisprudencialmente)⁶⁴⁵. En definitiva, “en realidad solo exculpan aquellos condicionantes que consideramos (o que el Código penal considera) suficientemente relevantes para exculpar, por las razones que sean. Ahora bien, con esto hemos abandonado el plano del ser, y ya no hablamos de todo lo que, de hecho, determina, sino que hemos introducido un requisito normativo, estamos seleccionando, de entre lo que creemos que determina, sólo algunos factores para la exculpación; es decir, no todo lo que explica un comportamiento es razón suficiente para excusarlo. El problema es que entonces hay que dar las razones para justificar por qué seleccionamos unos factores y no otros”⁶⁴⁶. Estas razones deben buscarse fuera del ámbito del libre albedrío, y se encuentran, por el contrario, en el mundo de los valores⁶⁴⁷.

Se muestra, sin embargo, muy favorable a conceder relevancia a esta clase de factores SÁNCHEZ DAFAUCE que enmarca perfectamente el debate cuando manifiesta que “la pregunta es, por tanto, ¿qué desigualdades protege un Estado social y democrático de derecho en sede de imputabilidad penal? ¿La inmadurez y la enfermedad mental, o

derecho, 17ª ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1981 (publicación original: 1953), p. 29, cuando sostuvo que “[e]l hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación”. Prosigue el autor, “si el hombre es libre en la medida en que puede ser punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza” (p. 31). En todo caso, es preciso reconocer con FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, p. 117, que estos “puntos de corte” cuentan con una indudable naturaleza normativa, pues “la línea de determinación de la autonomía es una decisión convencional que no depende de que encontremos un ‘yo’ en el cerebro”.

⁶⁴⁵ MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 178 y ss.

⁶⁴⁶ *Ibíd.*, p. 181. Consideraciones similares en pp. 353 y ss. En un sentido próximo, en particular en lo relativo a la eventual repercusión que sobre la responsabilidad penal puedan tener los descubrimientos científicos en el ámbito de la genética, se pronuncia MORSE, S. J., “Genetics and Criminal Responsibility”, *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 15, n.º 9, 2011, p. 379.

⁶⁴⁷ MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 182. Precisa más adelante la citada autora que: “que la culpabilidad sea un juicio personalizado respecto del hecho cometido por un autor concreto tampoco significa, no puede significar, a mi juicio, que tenga que ser un juicio absolutamente individualizado a la medida de las características únicas e irrepetibles de cada autor. Frente a las exigencias que se formulan por algunos autores apuntando en este sentido, considero que la individualización absoluta en la culpabilidad (y también en la imputabilidad) es imposible”.

también otra u otras?”⁶⁴⁸. Para este autor es necesario (sería, incluso, una “exigencia científica”) estudiar la incidencia de la “desigualdad social extrema” en la asequibilidad normativa⁶⁴⁹. Así, se muestra muy crítico con “el discurso dominante sobre la culpabilidad penal” que apenas se ve modificado por la constatación de una desigualdad social y material muy grande. Esta escasa modificación obedecería a que “la disminución de la culpabilidad del infractor implica necesariamente la aceptación de una dosis de responsabilidad social en el origen del conflicto”⁶⁵⁰. Simplificando mucho (quizás en exceso) el planteamiento de SÁNCHEZ DAFAUCE, la idea latente principal de su postura es que la composición de las prisiones evidencia que los sectores sociales desfavorecidos delinquen más y que lo hacen como consecuencia de un déficit de socialización⁶⁵¹. La desatención a esta realidad, amén de poco científica, resultaría de una predilección por la idea de “orden” frente a la de “progreso” (ideas que se encuentran en tensión en “absolutamente todo producto jurídico”)⁶⁵². Como corolario de su argumentación sostiene que, aunque “no se le puede pedir al Derecho penal que mine la desigualdad”, pues no es su función (“no es promoción, sino amenaza”), “lo que sí se le puede pedir es que no la reproduzca automáticamente, y el mejor lugar para hacerlo es la culpabilidad”⁶⁵³.

Creemos, sin embargo, que, aunque resulta enormemente loable el propósito perseguido por el autor citado, no es ese, pese a todo, el camino más fructífero para luchar contra la desigualdad (ni siquiera uno mínimamente fructífero). Para empezar, no consideramos correcto sostener, como parece hacer SÁNCHEZ DAFAUCE, que toda responsabilidad que se “descuenta” al autor del delito pasa a la espalda de la sociedad. Y tampoco sucede, por cierto, que toda responsabilidad de la sociedad repercuta directamente en la de cada uno de los individuos que la componen. Es incorrecto reducir la discusión de la responsabilidad a una cuestión dicotómica (responsabilidad individual frente a responsabilidad social) como si de vasos comunicantes se tratara.

⁶⁴⁸ SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 230.

⁶⁴⁹ *Ibíd.*, p. 250.

⁶⁵⁰ *Ibíd.*, p. 258.

⁶⁵¹ *Ibíd.*, pp. 263 y ss.

⁶⁵² *Ibíd.*, p. 255.

⁶⁵³ *Ibíd.*, p. 255.

En primer lugar, porque “corresponsabilidad” no implica necesariamente reparto (en el sentido de “división”) de la responsabilidad, sino que puede perfectamente significar responsabilidad plena y conjunta por el hecho (o la sanción), como sucede, por ejemplo y en otro plano muy distinto, con la coautoría o con supuestos de autoría yuxtapuesta (cada autor es plenamente responsable del hecho) o, en un sentido más matizable, con la responsabilidad solidaria de las deudas (a cualquier deudor le es exigible el total del importe con independencia de la posterior división que tenga lugar entre los distintos deudores)⁶⁵⁴. La atribución de (plena) responsabilidad a un sujeto no desplaza, en principio, necesariamente la que otros también puedan tener⁶⁵⁵. Si así fuera, ¿de qué forma explicar figuras como el castigo de la inducción al delito (supuesto en el que la responsabilidad del autor material no solo no desplaza la del inductor, sino que en algún sentido la co-fundamenta, pues sin ella no hay inducción consumada)?

En segundo lugar, y más importante, porque la responsabilidad no es única y las hay de diversa clase o, si se prefiere, “naturaleza”. Es perfectamente compatible afirmar la plena responsabilidad penal de un sujeto y la existencia de otra clase de responsabilidades (penales, administrativas, políticas, morales, etc.) de otros sujetos u organizaciones. Así, por ejemplo, en determinados y excepcionales supuestos podría haber la responsabilidad del garante por el delito cometido por un sujeto plenamente imputable bajo su custodia, o la responsabilidad patrimonial de la Administración por la mala gestión de peligros procedentes, a veces, de sujetos responsables.

En tercer lugar, el azar o la fortuna son también un “centro de imputación”⁶⁵⁶. El esquema más básico de distribución de la responsabilidad también más básica no sería solo

⁶⁵⁴ Señala el ejemplo de la coautoría SEELMANN, K., “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, en ROBLES PLANAS, R. (Ed.): *Límites al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 213.

⁶⁵⁵ Extremadamente interesantes en este punto resultan las consideraciones de SEELMANN, K., “La dispersión de la responsabilidad”, p. 213, cuando manifiesta que “la intervención de varias personas en un delito opera ampliando el castigo porque aquella incluye en la imputación acciones parciales de otros”. Bien es cierto que más adelante sostiene, precisamente, entre otros, para el supuesto que ahora nos ocupa, que “el Derecho vigente conoce perfectamente una posición dilucionista, esto es, una disminución de la responsabilidad como consecuencia de la dispersión de la responsabilidad” (p. 221). De manera que no es sencillo encontrar una suerte de “regla básica” de la expansión o restricción de la responsabilidad cuando de la intervención de varios sujetos se trata, sino que es necesario ser más preciso atendiendo a los casos concretos.

⁶⁵⁶ Así, tiene razón MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad*, pp. 61 y ss., cuando señala que “[a] falta de responsabilidad subjetiva de alguien en la causación del hecho lesivo, éste debe imputarse al azar”, lo que no impide discutir la cuestión de analizar quién deba cargar con los

individuo/sociedad, sino individuo/sociedad/azar, pues en ocasiones sucede que a nadie parece justo atribuir un determinado infortunio⁶⁵⁷. Cuestión distinta es, bien es cierto, que una vez atribuida la responsabilidad a cualquiera de estas tres categorías el coste solo pueda ser “repercutido” a las dos primeras. Al azar no podemos exigirle nada.

En todo caso, la cuestión más relevante que plantea el autor citado no es, pese a que cuenta con mayor importancia de la que a primera vista presenta, esta. El punto problemático más trascendente es aquel que, tácitamente formulado, puede ser denominado gráficamente como el argumento “las cárceles están llenas de pobres”. Este (triste) hecho es de todo punto irrefutable. El problema es que no aporta información alguna al debate que ahora nos ocupa. Si de este hecho se quiere derivar que la mayor delincuencia de los “desfavorecidos” evidencia un déficit de socialización que los hace propensos al delito, como parece hacer el autor, es necesario explicar por qué ese mismo argumento no se extrapola a un sector porcentualmente muy superior al que representan los “desfavorecidos” en prisión como es el colectivo “hombres”. Trazando una línea argumental similar, la mayor delincuencia de los hombres evidenciaría o bien un déficit de socialización, o bien una diferencia biológica (para empezar, de carácter hormonal) con respecto a las mujeres. Sin embargo, defender la atenuación de la responsabilidad del autor del delito por el mero hecho de ser hombre resultaría de todo punto inadmisibles. El hecho, en bruto, no dice nada. Lo importante es si hay motivos razonables para que ese “hecho” sea un, en terminología que en otros contextos ha hecho fortuna, “hecho diferencial”. La diferencia, en sí misma, tampoco dice nada, como vimos. Dos sujetos cualesquiera son absolutamente diferentes en una infinidad de factores y completamente

costes, pues de que el hecho sea azaroso no se derivaría, sin más, que los costes no admitieran redistribución alguna en atención a criterios de solidaridad o justicia.

⁶⁵⁷ Consideramos, sin embargo, que sí le acompaña la razón a SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Sobre el estado de necesidad existencial*, p. 250, cuando indica que “la pena y la culpabilidad cumplen una función social —latente, no explícita— de lavado moral, y que consiste en la transformación de la injusticia social —en la medida correspondiente— en culpa del autor. El delito fija en el tiempo y en el espacio la injusticia, y sirve como elemento nuclear de la definición del mal, de modo que, al absorber la idea de lo injusto, libera al orden social de su responsabilidad por las condiciones inicuas que hayan podido participar en su origen. La declaración de culpabilidad viene a ser algo así como una prohibición de regreso. Como la prohibición de un regreso que fuese del autor a la sociedad”. Creemos, en efecto, que tal situación se produce. Sin embargo, por lo explicado en las líneas anteriores, no consideramos que ello sea ni inevitable ni razonable. Y el camino en este punto debe ser refutar y combatir tal planteamiento y no adaptarse a él (lo que constituye ya una primera derrota). A esta idea de la “descarga de responsabilidad social” contribuyen más las concepciones simples de la responsabilidad (una sola a repartir), que el hecho de considerar plenamente responsable a un sujeto por un producto de su actuar, lo que deja la puerta abierta a que otro sujeto u organización sea, a su vez, responsable por otro motivo.

idénticos en otros tantos; lo verdaderamente relevante es qué factor concreto analizamos y ello depende, esencialmente, del motivo por el que estemos llevando a cabo la comparación entre sujetos.

En este sentido, no está claro que la estrategia para remover la desigualdad material sea siempre tratar de forma diferente lo que es diferente. En ocasiones partir de la “ficción igualitaria” contribuye a la promoción de la igualdad material⁶⁵⁸. Actuar de otro modo, y rebajar la responsabilidad del marginado, puede contribuir, paradójicamente, a incrementar la estigmatización. De este modo, el “desfavorecido material” puede pasar a ser concebido también algo así como un “desfavorecido espiritual”. Si ya es difícil superar un estigma parece todavía más complicado superar dos. Tratar igual lo diferente no es siempre muestra de falta de finura. En ocasiones puede ser fruto de una sopesada decisión que pretenda transmitir algo importante: que determinadas diferencias son para unos concretos efectos irrelevantes.

Más convincentes, aunque no seguramente en la medida necesaria, resultan los argumentos esgrimidos en este punto por CIGÜELA SOLA, SEELMANN y SILVA SÁNCHEZ, que optan por perspectivas diferentes en la persecución del mismo objetivo⁶⁵⁹. En una reconstrucción común del punto de partida de estos tres autores en lo que al tratamiento

⁶⁵⁸ En este sentido, y profundizando en la idea, existen dos vías para la persecución de la igualdad que se hallan irremediabilmente en tensión entre sí. Por un lado, y esta es la dimensión a la que con mayor frecuencia se invoca, la búsqueda de la igualdad demanda conocer la realidad en detalle para poder constatar diferencias que *prima facie* pueden resultar relevantes. Pero, por otro lado, la persecución de este objetivo demanda, una vez más, la selección de qué factores han de ser decisivos. Así, *perseguir la igualdad*, aunque a veces no resulte tan obvio, *implica también cerrar los ojos ante determinadas diferencias*. Todo lo expuesto antes acerca del razonamiento analógico es aplicable aquí. Comparar requiere conocer los objetos comparados, pero un mayor conocimiento no conduce necesariamente a una mejor comparación. Es imprescindible *seleccionar* entre todos los factores aquellos relevantes y ello implica necesariamente *excluir* todos los demás. Un planteamiento igualitario que persiga solamente conocer en detalle los objetos comparados puede conducir, paradójicamente, a considerar distintos objetos (en nuestro caso, personas) que en absoluto *merecen* un tratamiento disímil por muchas diferencias que existan entre ellos. Así, de la misma forma que un “concepto ideal de persona”, desligado de cualquier consideración material, conduce a una igualdad (solo) formal intolerable en términos axiológicos, un “concepto individual de persona”, que vea en su individualidad (en cada una de sus características) algo único, empuja inevitablemente a un individualismo feroz en el que impide resaltar lo que todos tenemos en común. Si todos somos distintos y merecemos un tratamiento diferenciado, ¿dónde queda entonces la pretendida igualdad? Todo esto, al final, no es más que una de las inevitables tensiones entre igualdad formal e igualdad material. Vid., sobre la necesidad (y límites) de complementar la igualdad formal con la igualdad material, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 392 y ss.

⁶⁵⁹ En una línea similar a estos autores apunta también DUFF, R. A., *Punishment, Communication, and Community*, p. 184, pero el escaso desarrollo de su planteamiento impide equiparar su propuesta a la de estos tres autores en elaboración y, en consecuencia, prescindiremos aquí de su análisis.

del excluido social se refiere, desempeña un papel esencial la idea de que en el proceso de imposición del castigo no es solamente el sujeto al que se le imputa un hecho el que debe ser analizado, sino que también el sujeto que lleva a cabo la imputación (en este caso el Estado) ocupa un lugar. Así, para el supuesto del excluido y su relación con la responsabilidad social explica SEELMANN que “no es el hecho que hay que imputar aquello que, mediante esta clase de diversificación de la responsabilidad vemos con otros ojos, sino la imputación del hecho”⁶⁶⁰.

A partir de aquí, las argumentaciones se separan, aunque vuelvan a cruzarse en determinados puntos. SILVA SÁNCHEZ, por su parte, opta por repudiar aquellas teorías que fundamentan la legitimación del castigo por la vía de la autonormación (esto es, por la posibilidad de participación en la conformación de la norma, como veremos que han hecho GÜNTHER, MARTÍN LORENZO, KINDHÄUSER o MAÑALICH; vid. infra, epígrafe VI de este mismo Capítulo)⁶⁶¹. De este modo, propone admitir la naturaleza heterónoma de

⁶⁶⁰ SEELMANN, K., “La dispersión de la responsabilidad”, p. 222. No se cuestionaría, entonces, el injusto llevado a cabo por el sujeto, sino el hecho de que “un Estado defectuosamente organizado o que genera embrutecimiento tenga todavía un derecho moral a la imputación jurídico penal de delitos que están condicionados por su comportamiento incorrecto” (p. 220). También es muy claro en este punto CIGÜELA SOLA, J., *Crimen y castigo del excluido social: sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 329, que sostiene que “como consecuencia del carácter relacional de toda responsabilidad, una conducta adecuada a derecho puede ser inexigible por dos motivos: porque la persona a quien debería dirigirse la norma se encuentra en una situación en la que su cumplimiento no sería normativamente exigible, o porque quien debería exigir su cumplimiento, en este caso el Estado, no está en condiciones de hacerlo (por medio de la pena). En el primer caso hablamos de inexigibilidad por razón del sujeto de imputación, y en el segundo de inexigibilidad por razón de instancia de imputación”. Parece razonable interpretar así también a SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 69 y ss., cuando manifiesta que “en los delitos que tienen que ver con la infracción de obligaciones adquiridas, la posibilidad jurídica de reprochar la desobediencia requiere la existencia de un vínculo entre el sujeto y el ordenamiento jurídico estatal. De dicho vínculo habría de derivarse, por un lado, el deber del sujeto de someterse a tal ordenamiento jurídico y, por otro lado, la legitimidad del Estado para dirigirle el juicio de reproche en caso de no hacerlo”.

⁶⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. y VILLA SIEIRO, S. V. (Coords.): *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 717 y ss. Creemos, con todo, que es preferible un modelo de fundamentación que fíe la legitimidad de la imposición de sanciones a la autonormación y no a la heteronormación. En primer lugar, porque la vinculación por la participación (real o ficticia) en el proceso legislativo pone de relieve el carácter contingente de los juicios de valor contenidos en las normas y la trascendencia del ciudadano como decisor de estos juicios de valor. En segundo lugar, porque, de un modo u otro, asocia vinculación con consentimiento y es esta una ligazón tan intuitiva como teóricamente fuerte. Nadie discute que un (auténtico) consentimiento ha de tener (alguna) relevancia a la hora de hablar de la legitimidad de las instituciones que nos vinculan. Y, en tercer lugar, porque el de la autonormación es un modelo válido para fundamentar la vinculación también de aquellos sujetos que niegan el contenido axiológico de la norma e, incluso, del procedimiento. La norma no vincula así por lo que es, sino por cómo es (por su proceso, en sí mismo considerado, y no por su contenido). Pretender que

la autoridad normativa y buscar el modo de legitimarla⁶⁶². SILVA SÁNCHEZ parece encontrar esta vía en la idea de la protección del destinatario de las normas por las

el contenido valioso de una norma vincule a sus destinatarios por su valor intrínseco no hace que la norma sea sentida como propia, ni tampoco que se reconozca legitimidad alguna a su emisor (incluso cuando se comparta el contenido de la misma). De este modo, como ha señalado KINDHÄUSER, U., “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, p. 93, “no hay, en una sociedad secularizada y pluralista, fundamentos sustanciales *a priori* para legitimar las normas que regulan el comportamiento”. O, dicho en palabras de MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal*, p. 287, “[e]l camino para lograr una concepción legítima de la culpabilidad y, en concreto, de las causas de exculpación, pasa precisamente por el procedimiento democrático. En una sociedad secularizada y pluralista que no puede volverse a una revelación religiosa, ni a una moral generalmente reconocida, la fuente de legitimación general es el reconocimiento que le prestan los sujetos; el reconocimiento de todos obliga a buscar un consenso”. Si esto es así, la imposición de normas externamente impuestas (se reconozca o no el contenido valorativo que estas encierren) hace valer como principal argumento efectivo para su destinatario la nuda coacción. Es cierto, pese a todo, que aquellos autores que con mayor énfasis han defendido la idea de autonormación como criterio de legitimidad tampoco han sido capaces de escapar del eventual recurso a la idea de que determinadas ficciones tienen validez precisamente porque benefician a todos (así sostiene MAÑALICH RAFFO, J. P., “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, p. 48, que “[e]n principio, la única razón por la cual una norma puede ser considerada justa es que su seguimiento asegure ventajas para cada uno de sus destinatarios”). Nos encontramos, pues, ante un recurso puntual a la idea de que la justicia de algo depende de su contenido (beneficio universal) y no de su procedimiento. Llegados a este punto, un defensor de la heteronormación, como SILVA SÁNCHEZ, podría preguntarse por qué este argumento puede tener relevancia selectivamente y no como eje central del razonamiento. Se podría, incluso, ir más lejos: si el fundamento de la ficción de la autonormación (es, al final, que se trata de un proceso que a todos beneficia) no puede evitar remitirse finalmente a un criterio de beneficio, ¿por qué lo que legitima el punto de partida no podría legitimar inmediatamente sus ulteriores desarrollos? ¿Por qué lo que en un inicio es heteronormativo ha de mudar a autonormativo? La respuesta no tiene que ver más que, en nuestra opinión, con una (razonable) decisión social por la que hemos apostado por reconocernos entre todos como interlocutores válidos en términos morales y políticos. No parece discutible que el primer eslabón de esta argumentación conduzca a la imposición de un valor de forma no democrática. Pero creemos que, precisamente, la defensa de la autonormación permite paliar los déficits democráticos de todo el sistema en sus desarrollos posteriores, algo que las teorías de la heteronormación no pueden hacer, ya que solo reproducen sistemáticamente el primero de los principios (con sus ventajas, pero también con sus inconvenientes). Esta forma de ver las cosas ayuda a comprender mejor cómo en un Estado democrático un destinatario de la norma que se encontraría, dicen algunos, vinculado a ella por su contenido podría cambiarla a través del procedimiento legislativo. La postura “heteronormativa” coherente habría de llevar a “congelar” todas aquellas normas que produjeran (¿en opinión de quién?) un beneficio equitativo limitando así, aun con la mejor de las intenciones, el ámbito de lo que puede ser objeto de discusión democrática (que es, precisamente, cómo repartir beneficios y cargas). Así, como señala KINDHÄUSER, U., “Retribución de culpabilidad y pena”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, p. 162, “el individuo no es solamente un receptor de asistencia estatal (...), por una parte, y —de manera sinalagmática respecto a esto— destinatario de cualesquiera normas, por otra, sino — en una sociedad constituida democráticamente— también y precisamente alguien que está capacitado y autorizado para tomar posición crítica frente a la coordinación de intereses fijada en la norma y, en su caso, para exigir su modificación o supresión”.

⁶⁶² SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, p. 719.

mismas⁶⁶³. Así, explica, “si el ordenamiento protege a un sujeto en términos de igualdad con los demás, entonces dicho sujeto se halla vinculado al referido ordenamiento y su vulneración de éste, presupuesta la libertad moral, constituye la deslealtad que permite el reproche y la pena”⁶⁶⁴. Ahora bien, y esto es importante resaltarlo, esta fuente de vinculación entre el sujeto y el Estado sería de aplicación únicamente para las “obligaciones adquiridas”, ya que, por otra parte, existirían una serie de “obligaciones naturales” que no requerirían de más legitimación para su carácter vinculante que su propia existencia. Desplazada, pues, la cuestión de por qué las “obligaciones adquiridas” nos vinculan desde la “autorregulación” hasta la “heterorregulación protectora”, queda por comprobar cómo medir y graduar esta función de protección que las normas de un Estado deben suponer para su destinatario. Parte aquí SILVA SÁNCHEZ de la existencia de una posición de garante del Estado no solo de protección de daños (por monopolización del uso de la violencia), sino también de una atractiva “posición de garante de protección positiva (o de mejora), pero sólo en los términos del principio jurídico-político de subsidiariedad”⁶⁶⁵. Desde estas premisas, sostiene el autor que (al margen de las eventuales afectaciones en sede de imputabilidad, error, etc.) la pobreza grave y persistente expresa la “grave inferioridad socio-política existente en unos individuos con respecto a otros”⁶⁶⁶. Esta situación, provocada por el incumplimiento del Estado de sus deberes de protección, llevaría a cuestionar la legitimidad del castigo estatal en estos supuestos⁶⁶⁷. De este modo, expresa con claridad el autor cuya argumentación ahora analizamos, “habría que convenir en la deslegitimación de un Estado desprotector para hacer responsables a los pobres por delitos que no sean ‘naturales’”⁶⁶⁸. O, dicho de otro modo, “el agente, en efecto, puede ser culpable, pero en un Estado dado, con déficits institucionales tan relevantes, no se le podrá ‘exigir el comportamiento adecuado a

⁶⁶³ *Ibíd.*, p. 720.

⁶⁶⁴ *Ibíd.*, p. 721.

⁶⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, p. 79.

⁶⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 91 y ss.

⁶⁶⁷ *Ibíd.*, pp. 91 y ss.

⁶⁶⁸ *Ibíd.*, p. 106. Por “delitos naturales” habría que entender aquellos que consisten en la infracción de “deberes naturales”. Estos, “consisten en la realización de actos violentos o intimidatorios contra otra persona (homicidio, lesiones, robos, agresiones sexuales, coacciones). Expresado en otras palabras, el núcleo de los *mala in se*, cuyo ámbito ciertamente se extiende más allá” (p. 68).

Derecho”⁶⁶⁹. Algo, por cierto, que tendría un interesante efecto dado que supondría un incentivo para revertir la injusta situación social⁶⁷⁰.

Con fundamentaciones parcialmente diversas, CIGÜELA SOLA ha sostenido, de forma también interesante, postulados parecidos. Para este último autor, las privaciones relevantes (la ausencia de una vida digna) afectarían al Derecho penal en dos niveles: en las “condiciones internas de la imputación” (referidas a la motivabilidad) y en sus “condiciones externas” (aquellas que precisa la instancia de imputación para que su actividad en este ámbito pueda ser considerada legítima)⁶⁷¹. Aunque el mencionado autor sostiene que, por supuesto, las “condiciones internas” pueden verse afectadas, buena parte del trabajo se centra en poner de relieve que “los deberes jurídico-penales están de algún modo debilitados frente al excluido social, en la medida en que la obligatoriedad de las normas está fundada en una serie de condiciones, sociales y políticas, que no rigen del mismo modo respecto de él”⁶⁷². También para CIGÜELA SOLA sería preciso realizar una distinción de determinados delitos especialmente graves respecto de los que tal argumentación no resultaría aplicable. Ello porque estos se basan en “deberes ético-jurídicos básicos que fundamentan la existencia personal y la propia vida social, cuyo núcleo el excluido social no hubiera podido modificar aunque hubiera tenido la posibilidad de pronunciarse sobre ellos”⁶⁷³.

Como se apuntaba antes, estas líneas de argumentación se antojan más convincentes, pues ponen el acento en elementos de la teoría penal menos problemáticos. Pese a ello, parece

⁶⁶⁹ *Ibíd.*, p. 110.

⁶⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 97 y ss. Este “argumento del incentivo”, aunque resulta convincente, puede, sin embargo, operar también de manera inversa. Es cierto que la falta de respuesta penal frente al excluido, como sugiere SILVA SÁNCHEZ, debería llevar de manera políticamente responsable, y además con cierta urgencia, a tratar de encontrar la solución a la exclusión social (o, al menos, a tratar de paliarla en la medida de lo posible) como origen de un conflicto que el Derecho penal se negara a responder. No obstante, si se conviene en que la represión penal del excluido social “agrava” la situación de injusticia (y no se limita solo a la gestión del concreto delito), habría que admitir que mayores incentivos (éticos y políticos) habrá para tratar de remediar la situación cuanto más grave sea esta. De tal forma que, en el fondo, tratar de “suavizar” la injusticia social mediante la renuncia a la pena en estos casos podría producir justo el efecto inverso al perseguido: generar la conciencia de que el excluido social recibe un trato, si no privilegiado, al menos lo suficientemente compensatorio de su situación. En definitiva, tal vía podría paradójicamente conducir no al remedio del problema, sino al apaciguamiento de la sensación de injusticia que este ocasiona.

⁶⁷¹ CIGÜELA SOLA, J., *Crimen y castigo del excluido social*, p. 170.

⁶⁷² *Ibíd.*, p. 172.

⁶⁷³ *Ibíd.*, pp. 200 y ss.

que hay motivos suficientes para ser cautelosos en la materia y poner en cuestión las conclusiones a las que se llegan (y ello, más allá de porque algunas de las premisas sean ciertamente cuestionables, como lo es, en nuestra opinión, la trascendencia atribuida a la legitimidad de la heterorregulación o el postulado de que “el incumplimiento” del sujeto que imputa pueda contaminar la imputación misma)⁶⁷⁴. Dejando a un lado ahora las críticas manifestadas frente a lo sostenido por SÁNCHEZ DAFAUCE (y que, en buena medida, siguen siendo aplicables aquí), dos son los argumentos centrales que deberían llevarnos a extremar las precauciones en este ámbito (y ninguna de las objeciones pretende contar con un carácter estrictamente técnico-dogmático, pues tampoco es ese el plano en el que se manifiestan en este punto los anteriores autores, sino más bien

⁶⁷⁴ Sobre la primera cuestión, dada la (breve y moderada) defensa de la autorregulación como explicación potencial de la legitimidad penal que se hará más adelante, poco sentido tiene profundizar en esta línea (vid. infra, Capítulo IV, epígrafe VII y supra, nota 661). Sobre la segunda cuestión quisiéramos detenernos someramente para cuestionar esa idea de la “contaminación de la imputación por el incumplimiento del sujeto que imputa”. Entender que el incumplimiento previo del sujeto que imputa en algún modo le incapacita para efectuar la imputación que de haber cumplido se consideraría justa resulta sumamente atractiva. Sin embargo, presenta algunos problemas. Dicho postulado podría sintetizarse en la afirmación: “si incumples tu parte, no estás legitimado a exigir que los demás cumplan la suya” (lógica que parece inspirar, por ejemplo, el art. 1124 del Código Civil en relación con las obligaciones recíprocas). Moralmente resulta, *prima facie*, intuitivo. Sin embargo, resultaría extraordinariamente preocupante que dicho principio se generalizase. Así, de ser moralmente correcto tal principio, parece que se podría sostener que el autor del delito, al haber incumplido su parte con la comisión de este, no se hallaría legitimado para reivindicar el trato justo que el Estado debiera administrarle. El Estado, siguiendo el paralelismo, tendría el deber de tratar al sujeto dentro de las pautas legal y constitucionalmente establecidas. Sin embargo, si no lo hiciera el individuo “no podría quejarse” (¿no podría, por ejemplo, recurrir una condena en primera instancia por la indebida aplicación de una agravante?). Al fin y al cabo, si fue el primero en incumplir, ¿quién es él para quejarse? Parece, entonces, que la generalización de este principio nos conduce a lugares inadmisibles. Quizá ello debiera hacer que nos replanteáramos la corrección moral de este. Adicionalmente, y desarrollando un argumento que fuera planteado por Fernando MOLINA FERNÁNDEZ en uno de los seminarios que periódicamente se celebran en la Universidad Autónoma de Madrid, cabe destacar que esta objeción a la imputación que efectúa un sujeto incumplidor es quizás demasiado simplificadora y obvia cuestiones en absoluto irrelevantes. Así, cuando ponemos el acento en esta clase de aspectos analizamos la problemática de la atribución de la responsabilidad (y el consecuente castigo) como si solo hubiera dos partes implicadas: Estado y autor del delito. De este modo se contempla el conflicto de la atribución del castigo desde una perspectiva estrictamente bilateral. Por el contrario, es preciso reconocer que existe un tercer elemento que merece, en mayor o menor medida, ser también tomado en consideración. Pensamos ahora en los terceros que reclaman (legítimamente) protección. En la medida en que se mantenga que el Estado tiene un deber de protección de terceros, en determinados casos la no imposición del oportuno castigo (que no deja de ser, también, una forma de protección) podría suponer un incumplimiento de esta obligación. De este modo nos ubicaríamos en un problema sin salida: o el Estado incumple castigando injustamente o el Estado incumple por no castigar desprotegiendo así a terceros. Es preciso, en todo caso, que en una disyuntiva de acción el sujeto que ha de actuar (en este caso el Estado) tenga a su disposición una opción lícita (o, al menos, menos mala). Es cierto que la problemática podría resolverse perfectamente optando por la decisión de no castigar y desproteger a terceros o buscar otras vías de protección (así lo creemos nosotros). Pero no lo es menos que este coste (e incumplimiento de un deber) merece ser también tomado en consideración en el marco de este debate.

filosófico-jurídicas). La exclusión (o atenuación) de la responsabilidad criminal de un sujeto en este ámbito (y poco importa si se la denomina “responsabilidad” o “exigibilidad” a estos efectos) puede, paradójicamente, suponer un importante perjuicio para los sujetos en cuestión tanto desde una perspectiva material como desde una perspectiva sociológico-normativa.

En el primer plano (material) hemos de tener presente que frente al conflicto social (y el delito del excluido social lo es, con independencia de nuestros deseos) el Estado tiene la opción de decidir cómo responder, pero no la de atajar el conflicto o dejarlo sin respuesta, pues la inacción del Estado activaría otros mecanismos de represión. Se puede decidir el *cómo*, pero no el *si*⁶⁷⁵. En este sentido, hemos de preguntarnos si la renuncia a la pena supondrá un tratamiento más benévolo para el sujeto en cuestión o si, por el contrario, abrirá la puerta a peores formas de intervención⁶⁷⁶. Sobre esta cuestión nos pronunciaremos más adelante⁶⁷⁷.

En el segundo plano (el normativo) tampoco resulta ni mucho menos claro que para la exclusión social (ya sea para su gestión o para su solución) lo más adecuado sea la negación de la responsabilidad penal. Ya se apuntaba antes, al rebatir lo argumentado por SÁNCHEZ DAFAUCE, que la exclusión de responsabilidad podría agravar en estos casos la propia marginación. Aunque este extremo también será desarrollado más adelante (vid. infra, epígrafes IV y VI de este mismo Capítulo), basta con apuntar ahora que negar la responsabilidad de un sujeto supone excluirlo del plano comunicativo en el que sus actos y acciones expresan significado (o al menos, un significado similar al de la mayoría). Y expresar significado con las acciones en un contexto social en el que inevitablemente la

⁶⁷⁵ Vid. infra, Capítulo VI, epígrafe VIII.

⁶⁷⁶ Esta cuestión no es, en nuestra opinión, suficientemente aclarada en su trabajo por CIGÜELA SOLA, J., *Crimen y castigo del excluido social*, que al llegar a este punto (verdaderamente trascendental) ofrece una respuesta demasiado ambigua. Así, sostiene que “con la inexigibilidad lo que aquí se excluye es la imposición de una pena en sentido estricto (como reproche ético al que le sigue un sufrimiento), lo que no implica que no haya respuesta alguna por parte del ordenamiento jurídico: precisamente estos casos demandan más que ningún otro la búsqueda de alternativas de solución al conflicto, destinadas simultáneamente a reparar el daño y a incluir al autor del delito en la sociedad de la que había sido injustamente excluido” (p. 340). De este modo, se rechaza la imposición de la pena, se admite que alguna medida (¿de seguridad?, ¿restaurativa?) habrá que tomar, pero no se señala cuál sería, siquiera *grosso modo*, la adecuada. De esta forma se oscurece la cuestión de qué tratamiento sería preferible, pues no es posible comparar entre una magnitud conocida (la pena) y otra que no lo es.

⁶⁷⁷ Vid. infra, Capítulo IV, epígrafes IV y VI y Capítulo VI, epígrafes II, IV y VIII.

comunicación desempeña un papel esencial no es, lógicamente, una cuestión menor⁶⁷⁸. Tratar diferente supone establecer que dos cosas no son iguales (valga ahora la tautología con fin puramente explicativo) y esta afirmación tiene repercusión social. Cuando se rechaza penar al excluido es preciso explicar por qué no se lo castiga y, al hacerlo, se puede estar retroalimentando la “máquina de la exclusión”. Ello, por cierto, con independencia de a qué categoría dogmática se reconduzca tal proceder, pues las distintas categorías tienen tanta repercusión intrasistemática como limitada influencia comunicativa (a excepción, quizás, de la que delimita el injusto y la culpabilidad).

Especialmente problemático (y llamativamente visible) resulta esto cuando nos centramos en el ámbito de la inimputabilidad. Así, resulta difícil que no se enciendan las alarmas cuando se apuntan ideas como la de que han sido demostradas “importantes correlaciones entre pobreza y desarrollo cerebral” con especial incidencia “en lo que respecta al lenguaje y a los procesos psíquicos auto-reflexivos”⁶⁷⁹. Esto sucede de forma más clara cuando esas ideas pretenden fundamentar un criterio sobre el que determinar después el grado de culpabilidad⁶⁸⁰. Nada más lejos de la intención del autor de quien se extraen esas palabras que contribuir a la estigmatización del excluido (de la lectura de su trabajo no se desprende duda alguna en este sentido), pero resulta difícil sustraerse a la idea de que aquí se formula tácitamente un mensaje que podría ser malinterpretado en esa dirección: “además de pobre, tonto”.

Es tremendamente peligroso, o al menos así nos lo parece, tratar de descartar la responsabilidad del excluido por este camino. Ahora bien, renunciar a que la imputabilidad sea la categoría afectada para “llevar el problema a otra parte” (paradigmáticamente a la exigibilidad) no termina de solucionar el problema. La pregunta final a la que debe enfrentarse quien defiende esta clase de teorías es la de por qué no se debe castigar igual a estos sujetos y la respuesta, por una u otra fundamentación, debe ser siempre “porque son distintos”⁶⁸¹. Es esta respuesta (y no la ubicación desde la que se suministre) la que genera problemas y puede llegar a ser contraproducente.

⁶⁷⁸ Vid. infra, Capítulo IV, epígrafe VI.

⁶⁷⁹ CIGÜELA SOLA, J., *Crimen y castigo del excluido social*, pp. 137 y ss.

⁶⁸⁰ *Ibíd.*, p. 140.

⁶⁸¹ La reconducción del problema a la exigibilidad parecería tratar de trasladar el problema del sujeto al contexto. Sin embargo, cuando el contexto permanece estable a lo largo del tiempo (como sucede

En este sentido, y por paradójico que pueda parecer dadas todas las discrepancias que han sido señaladas, creemos que le asiste la razón a CIGÜELA SOLA cuando señala que “no tomar en cuenta el carácter marginal del sujeto de imputación no constituiría la opción políticamente neutra, sino que más bien sería la expresión concreta de una determinada visión de lo político”⁶⁸². Somos conscientes de que el postulado aquí defendido no es neutral, simplemente consideramos que es una opción valorativa preferible (y no precisamente, por cierto, por las razones de cuño liberal que el autor citado suministra a continuación de la cita reproducida con propósito crítico, sino por las implicaciones sociales y comunitarias a las que da lugar).

Este último autor, como hiciera también SÁNCHEZ DAFAUCE, reconoce el efecto limitado del Derecho penal como vía de solución al problema del excluido social, pero pretende, en todo caso, otorgarle un papel no menor. Así, sostiene CIGÜELA SOLA, “en la medida en que el derecho penal no es sólo una forma de responder coactivamente frente a la realidad social, sino que además tiene efectos performativos sobre esa misma realidad (es decir: no sólo opera en una estructura social, sino que además la co-produce), es necesario preguntarse, en esos mismos términos, cómo tiene que estar estructurado dicho derecho, para que su intervención sobre la sociedad no empeore las situaciones de menosprecio social, sino que coopere a su reversión y a la prevención de las culturas violentas”⁶⁸³.

Una vez más, por paradójico que pueda resultar dadas las diferencias en los planteamientos, volvemos a estar de acuerdo con esta afirmación, aunque para proyectarla precisamente en el sentido inverso en el que lo hace su autor. Por supuesto que el Derecho penal no tiene que permanecer absolutamente impasible a una estructura social que le viene dada de antemano, pero es imprescindible partir de lo que el Derecho penal “puede” hacer antes de encaminarlo hacia la consecución de lo que se considera que el Derecho penal “debe” hacer. Si le exigimos hacer algo que no puede hacer (por hermoso que sea el objetivo) podemos producir exactamente el resultado contrario de aquel que perseguíamos. Y creemos que algo así puede suceder en este ámbito. Los “efectos performativos” que, como señala el autor, tiene el Derecho penal no se limitan a lo que

en este caso, de otra forma no estaríamos hablando del “excluido”, cuya denominación, por cierto, pone ya el acento en el sujeto y no en el contexto) no está claro que ambos aspectos puedan sencillamente escindirse.

⁶⁸² *Ibíd.*, p. 339.

⁶⁸³ *Ibíd.*, p. 155.

deklaradamente queremos hacer, sino también a un amplio y difuso ámbito de “consecuencias colaterales”.

Dicho de otro modo, en ocasiones parece que algunos autores atienden muy pormenorizadamente a la exclusión previa al Derecho penal y pasan por alto la que es producto precisamente de este (o se limitan a computar su manifestación más visible y, en consecuencia, menos peligrosa: la exclusión física, la prisión). De esta forma se olvida que la exclusión comunicativa (fruto de la negación de responsabilidad por los actos) puede ser, en ocasiones, tanto o más grave que esta⁶⁸⁴. Sobre estas cuestiones nos

⁶⁸⁴ Se podría intentar salir al paso de esta objeción por la vía, ya casi clásica, de escindir la reacción penal (y el consecuente reconocimiento como interlocutor del destinatario de la sanción) en dos fases: declaración de culpabilidad e imposición de dolor penal. Y afirmar, después, que sería lícito en estos casos proceder a lo primero, pero no a lo segundo, y que de este modo se evitarían los efectos perniciosos de la exclusión comunicativa. Es este un debate enormemente rico y que nos llevaría demasiado lejos. Baste por apuntar ahora que, al menos desde una perspectiva comunicativa, esta forma de plantear el problema es valiosa únicamente en un plano analítico. Por supuesto que tiene sentido distinguir una y otra fase para explicar el fenómeno, pero la declaración de culpabilidad no expresará nada si *sistemáticamente* se ve contradicha por la inexistencia de una subsiguiente sanción. Para que el Derecho exprese algo de forma coherente es preciso que lo que “dice” y lo que “hace” vayan en la misma dirección; ambas facetas componen la comunicación, y no solo la primera. Es por ello por lo que, una vez justificada la declaración de culpabilidad lo estará también, en principio, el uso del dolor penal porque (al menos a partir del medio plazo) la primera dejaría de significar lo mismo sin lo segundo. Dicho de otra forma: el dolor penal es “el precio que hay que pagar” para sostener una institución (la declaración de culpabilidad) que consideramos valiosa. En palabras de JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática*, p. 52, “una comunicación que tiene lugar a través de una mera denominación es etérea”. Así, no creemos que sean del todo correctas aquellas posturas que justifican la imposición del “dolor penal” en la necesidad de *reforzar* la amenaza de la sanción. Su papel es mucho más importante, pues, cuando de manera sistemática a la formulación de un reproche no le sigue la imposición de un mal, dicho reproche deja de significar algo. Lo que sucede es que la (previsible) imposición de un mal *constituye* la amenaza, no la refuerza. Un ejemplo sencillo seguramente ayude a comprender mejor lo que aquí si quiere explicar. Si un padre o una madre avisa a su hijo de que será castigado si no obtiene buenas calificaciones en el instituto y, finalmente, el hijo obtiene unas calificaciones desastrosas, de poco servirá para transmitir un reproche la afirmación de los padres que diga “censuramos tu actitud y tus resultados” si la siguiente acción es entregarle las llaves de una moto que le acaban de regalar. Es un error confundir “reproche” con “declaración” si por “declaración” se entiende solo una de carácter verbal. Se podría alegar que el ejemplo es tramposo, pues a la declaración no es ya que no le siga un mal, sino que le sigue un premio y que eso lo distorsiona todo, pues no es eso lo que sucede con aquel a quien no imponemos una pena. Sin embargo, era solo una vía de atajo. Dejando de lado la moto, si los padres, curso tras curso, manifiestan aquello de “censuramos tu actitud y tus resultados” y a ello no le sigue ninguna muestra de que ello efectivamente sea así, quizás las primeras declaraciones puedan tener alguna fuerza expresiva, pero las últimas no significarán nada más que una rutina vacía. Aquello que sus palabras parecen querer decir sencillamente, no significará nada. Así, parafraseando a EXNER, F., *Die Theorie der Sicherungsmittel*, p. 12 (que se refería a la norma), el reproche sin pena es como una campana sin badajo, no emite ningún sonido. Para que podamos hablar en verdad de una campana es preciso que, de vez en cuando, emita algún sonido. Desde una perspectiva diferente (más atenta a la función preventiva que a la comunicativa) mantiene un posicionamiento similar RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, pp. 269 y ss. En este punto, creemos con GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, pp. 339 y ss., que se sirve de ejemplos similares al aquí propuesto para fundamentar su posición, que “una *conminación sin imposición pierde su seriedad, su realidad*” y que “se ha de tomar literalmente la

pronunciaremos en mayor detalle más adelante (vid. infra, epígrafe VI de este mismo Capítulo).

Todo lo dicho, por supuesto, no quiere decir que se deba optar por ignorar la trascendencia que en el ámbito de la responsabilidad criminal puedan llegar a tener los casos más extremos, patológicos. Lo que sucede es que, aunque un supuesto merezca ser así catalogado, será preferible, en principio, que la diferencia que presenta el sujeto concreto pueda ser canalizada por una vía que no suponga la apelación directa a la (in)imputabilidad del agente (paradigmáticamente el error de prohibición), pues así se sorteará la vía de mayor potencial estigmatizador. Hay varias opciones para canalizar tales diferencias, cuando en verdad son muy extremas, que no ponen el acento directamente en todo un colectivo, sino en individuos concretos (y que establece así, además, una suerte de salvaguarda a un eventual “riesgo de contaminación”). En todo caso, también en estos supuestos habría que atender a los efectos colaterales que la no atribución de responsabilidad puede tener para sopesar si, en verdad, es este un camino preferible. Por ello, solo en casos extremos e individuales la injusticia de la atribución de responsabilidad podría tener mayor peso en la ponderación que los daños que su exclusión pueda suponer⁶⁸⁵.

expresión de Feuerbach, según la cual la imposición de la *pena prueba la realidad de la amenaza*”. Así, desde postulados teóricos muy diversos (poniendo especial acento en la idea de reproche) llega a resultados similares MAÑALICH RAFFO, J. P., “Retribucionismo expresivo”, p. 59, cuando señala que “declarar que se reprocha puede no equivaler a efectuar un reproche, tal como decir ‘te insulto’ no constituye un insulto: ni ‘insultar’ ni ‘reprochar’ cuentan como verbos explícitamente performativos”. Cuestión distinta será que, como agudamente ha señalado BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena*, p. 372, todo este debate pueda tener repercusión en sede de determinación judicial de la pena. Así, señala este último autor, “[e]n razón de que los fines asignados a la pena se suelen satisfacer con la condena misma, se debe tener presente que la agravación del castigo por encima de la cuantía de pena legal mínima requiere de una justificación cualificada en supuestos de unidad delictiva”. O, como señala de nuevo MAÑALICH RAFFO, J. P., “Retribucionismo expresivo”, p. 59, que no se deba excluir “la posibilidad de que una declaración de culpabilidad pudiera, bajo ciertas condiciones, expresar adecuadamente un reproche punitivo. Lo que habría que reconocer, sin embargo, es que, bajo tales condiciones, esa declaración tendría ya que contar como la irrogación de un mal. Que es posible que una manifestación lingüística cuente, de hecho, como la irrogación de un mal lo muestra, de modo suficientemente plástico por lo demás, la tipificación penal de delitos contra el honor”.

⁶⁸⁵ De este modo, aunque supone un planteamiento ciertamente difuso y de difícil concreción, la decisión al respecto tendría que tomar en consideración la situación de exclusión, por un lado, y los efectos colaterales que para el propio sujeto (pero, también en alguna medida, para el colectivo) podrían derivar del no atribuir responsabilidad en el supuesto concreto. No existirían soluciones generales al problema, pero la intensidad de la exclusión y lo excepcional de la misma serían criterios a ser tomados en cuenta.

Esto no debe entenderse como un intento de obviar que el problema es social y no individual. Sin embargo, evitar las alusiones al colectivo concreto presenta ventajas no solo (aunque también) para la funcionalidad del sistema, sino que permite reducir al mínimo la estigmatización de un colectivo ya de por sí desfavorecido (estigmatización que, a su vez, repercute sobre el propio individuo). Y todo esto no debería restar un ápice de responsabilidad a la sociedad cuando creamos fundadamente que esta es también, en mayor o menor medida, causante del problema⁶⁸⁶. Sostener la plena responsabilidad del agente, y esto debería quedar muy claro, no supone (ni debe suponer) un intento de disfrazar o esconder la responsabilidad que el Estado, y la sociedad en su conjunto, pueda tener (y que de hecho tiene) en muchos supuestos⁶⁸⁷.

Volviendo, en todo caso, a la cuestión que ahora nos ocupa (los límites axiológicos a la individualización), si MARTÍNEZ GARAY nos explica que descender demasiado al caso concreto (individualizar mucho) puede acabar con la atribución de responsabilidad, por lo que no es deseable ni posible, SCHAUER se centra en los motivos para no individualizar en exceso. Con carácter previo es importante exponer brevísimamente el concepto de norma del que parte el autor y su relación con el conflicto entre lo que es igual y lo que se debe considerar diferente.

Conviene apuntar que el autor, de entrada, pretende complementar algunas de las ideas de HART. Este último mantuvo que el principio de justicia de tratar igual lo que es igual no supone más que una formulación carente de contenido. Así, “cualquier conjunto de seres humanos se asemeja a cualquier otro en algunos aspectos y difiere de ellos en otros, y hasta que no se establecen qué semejanzas y diferencias son relevantes, el ‘tratar igual los casos iguales’ permanece como una fórmula vacía”⁶⁸⁸. HART pensaba también, como

⁶⁸⁶ Esta asunción de responsabilidad puede cristalizar de muy diversas formas. Algunas de ellas son muy evidentes (como la responsabilidad patrimonial de la Administración) y otras (como el sostenimiento económico de las prisiones) no tanto.

⁶⁸⁷ Como han señalado PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M., “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, pp. 30 y 31, es posible incluso para un autor como JAKOBS, donde resultaría extraño para la opinión dominante dar cabida a esta suerte de razonamientos, realizar consideraciones de esta clase. Así, este último ha sostenido, al tratar la legitimidad y las condiciones de éxito de la función preventivo-especial positiva de la pena (JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pp. 26 y ss.), que el autor del delito solo en un sentido limitado (normativo) es la causa del delito y que, en consecuencia, si lo que se pretende es evitar delitos, conviene en muchos casos atender de forma prioritaria a las otras causas.

⁶⁸⁸ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 159.

adición a lo ya dicho, que la decisión acerca de los caracteres que debían considerarse relevantes para determinar si un caso es igual o distinto venía condicionada precisamente por la norma⁶⁸⁹. SCHAUER considera que a HART le asiste la razón “cuando reconoce que la obligación de tratar igual casos iguales debe ser complementada con algo más en orden a determinar los indicios relevantes de semejanza (*likeness*)” y que acierta también “al concluir que una función de la norma es suministrar esos indicios”⁶⁹⁰. Para este autor, aplicar la norma es, precisamente, tratar igual los casos que abarca. La norma no pretende tratar igual lo que “antes de la norma” es igual, sino que convierte en “iguales” aquellos supuestos que comprende. Dicho con sus propias palabras: “los casos que son tratados igual son iguales porque la norma los hace iguales”⁶⁹¹. Las normas no regulan supuestos idénticos independientes de sí mismas, “seguir la norma no es, en consecuencia, cuestión de tratar igual lo igual, sino que, al contrario, supone tratar igual casos que, al menos en algún sentido relevante, son distintos”⁶⁹². La realidad (lo fáctico) es enormemente rica en diversidad. La norma (y su aplicación), en definitiva, selecciona aquella parcela de la realidad que debe analizarse para saber si, a unos concretos efectos, dos supuestos pueden considerarse iguales (o semejantes)⁶⁹³.

Una vez explicado lo que la norma (en tanto que generalización) es para SCHAUER, procede analizar los motivos que le llevan a creer que, en ocasiones, es preferible hacer abstracción de algunas particularidades. La idea esencial es simple y ya ha sido esbozada y aplicada en otras partes de este trabajo: diferenciar es elegir lo que importa y puede haber buenas razones para considerar que, en algunos supuestos, son pocos los factores que deben reputarse relevantes para la comparación.

⁶⁸⁹ HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 623 y ss.

⁶⁹⁰ SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, p. 206.

⁶⁹¹ *Ibíd.*, p. 206.

⁶⁹² *Ibíd.*, p. 207.

⁶⁹³ Resulta evidente en este punto el paralelismo entre la aplicación de la norma y la construcción de analogías. Vid. *supra*, Capítulo III, epígrafe III. Ello, en definitiva, parece dar la razón a KAUFMANN, ART., *Analogie und “Natur der Sache”*, p. 40, cuando sostenía que prácticamente toda labor de interpretación de normas es reconducible a un procedimiento analógico.

En concreto, SCHAUER efectúa ciertas consideraciones de gran valor al analizar algunos de los problemas que podrían presentar las *sentencing guidelines* norteamericanas⁶⁹⁴. Así, frente a la objeción habitual de su falta de aplicabilidad para el caso concreto, mantiene que hay al menos dos motivos en este contexto para tratar igual casos distintos. El primero, en el que no nos detendremos aquí, es un criterio de distribución del error: las *guidelines* podrían producir, en términos agregados, menos errores en la determinación de la pena de los que se producirían de existir una mayor discrecionalidad judicial⁶⁹⁵. En segundo lugar, y es este el argumento que aquí más nos importa, mantiene el autor que podría haber contextos en los que la uniformidad de tratamiento fuera en sí misma un objetivo valioso “precisamente por la forma en la que ignora diferencias reales”⁶⁹⁶. Una razón para ello es que hay un número limitado de factores que se pueden hacer comprensibles a la sociedad y los que no lo son no deberían ser tomados en consideración⁶⁹⁷. Además, en ocasiones podría existir un importante valor autónomo en la uniformidad: el valor del entendimiento de nuestra situación, y también de nuestras dificultades (*plight*), como una en la que las diferenciaciones que pueden hacerse se encuentran limitadas⁶⁹⁸. SCHAUER se explica con claridad cuando señala que “ignorar diferencias reales al imponer una pena (*sentencing*) (...) podría servir a un propósito superior de mostrar que en un momento de enorme importancia —como lo es el de

⁶⁹⁴ Este instrumento jurídico puede ser caracterizado como una suerte de protocolo formalmente no vinculante (pero de extraordinario seguimiento en la práctica judicial) que estandariza y pauta las magnitudes de pena que cada supuesto de hecho merece en atención a las características que presenta y que el protocolo prevé. Se trata, pues, de una especie de acercamiento, por vía de aplicación judicial, desde el marco de pena mínima-máxima a la pena única. Vid., para una interesante profundización en estos mecanismos, BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena*, pp. 65 y ss.

⁶⁹⁵ SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, p. 259.

⁶⁹⁶ *Ibíd.*, p. 260.

⁶⁹⁷ *Ibíd.*, p. 261. Añade SCHAUER que es importante que el Derecho no solo sea justo, sino también que así sea entendido por la sociedad, “sería deseable para la ley operar de tal forma que fuera ampliamente entendida como un trato igual a un gran número de personas incluso si en realidad existen diferencias relevantes. En la medida en la que tales diferencias relevantes no puedan ser explicadas al ‘gran público’, quizás sería preferible ignorarlas que confiar en factores cuya importancia no puede ser públicamente explicada y entendida”. Estas ideas nos empujan, en el ámbito jurídico-penal, hacia la idea de la prevención general positiva y la necesidad de que las decisiones legales puedan ser asumidas socialmente.

⁶⁹⁸ *Ibíd.*, p. 261. Añade, de forma plástica, que “no es accidental que la Justicia [la imagen femenina con la que se la representa] lleve una venda. Lleva venda no porque necesite protegerse frente a sus propios sesgos, prejuicios y errores, sino porque es esencial para una concepción de la justicia que el trato igualitario en sí mismo (tratar igual lo diferente) desempeñe importantes funciones más allá de que tal método de decisión pueda producir menos errores”.

determinar cuánto poder del Estado será empleado para resistir frente a aquellos que transgreden la ley— estamos todos juntos”⁶⁹⁹.

Aunque SCHAUER no se refiere explícitamente en ningún momento a la imputabilidad (su discurso se desenvuelve en términos genéricos en lo que la norma implica en cuanto a individualización) lo cierto es que no resulta difícil trasladar algunas de las consideraciones precedentes al ámbito que nos ocupa en este capítulo. La determinación de la imputabilidad (ya lo hemos explicado) no es más que un proceso de comparación. En este proceso necesitamos saber qué hay que comparar y cuánto importa cada factor; debemos, en definitiva, tomar una decisión acerca de cuánto individualizar. El problema es, pues, idéntico. Es necesario que en el proceso de determinación de la imputabilidad se respete, como han puesto de relieve otros autores ya analizados, lo que la sociedad concreta puede asumir. Pero es importante también que no se pierda de vista que individualizar mucho no significa más que diferenciar mucho. La diferenciación no siempre es positiva, en especial cuando se distancia a alguien de un colectivo considerado, en algún sentido, “de mayor valor”⁷⁰⁰. Y no cabe duda de que, al menos en abstracto, el “colectivo de sujetos imputables” es socialmente reputado como preferible. El hecho de pertenecer a este colectivo repercute positivamente (en esferas jurídicas y extra-jurídicas) sobre el sujeto en cuestión.

Finalmente, debemos tomar en consideración también algunas de las ideas que ha expresado ROBINSON y que guardan importante relación con lo indicado hasta aquí. En un artículo sumamente interesante (con el significativo título de: “*Are we responsible for who we are?*”) el autor se interroga acerca de la eventual incidencia sobre la imputabilidad de un delincuente del “*rotten social background*” (cuya traducción más literal, pese a lo desagradable de su mera enunciación, es “origen social podrido”). La propia denominación del concepto exime de mayores explicaciones acerca de su contenido, que se remite a graves privaciones emocionales y materiales prolongadas. El autor no pone

⁶⁹⁹ *Ibíd.*, p. 261 y ss.

⁷⁰⁰ No nos referimos aquí a un “mayor valor” intrínseco, algo que pudiera vincularse, por ejemplo, a la idea de dignidad. Nada más lejos de nuestra intención. Utilizamos aquí el término valor en un sentido más próximo, en el ámbito aquí ilustrativo de la economía, de precio. En condiciones ideales y abstractas todo sujeto preferiría ser imputable que no serlo. El estatus de imputable sería más demandado.

en cuestión la incidencia que tal origen pueda tener en su relación con el crimen⁷⁰¹. Sin embargo, ROBINSON sostiene de manera muy acertada que de la existencia de correlación entre el “origen social podrido” y la delincuencia no se deriva, en principio, consecuencia alguna, como ya apuntábamos antes al refutar los postulados de SÁNCHEZ DAFAUCE en la materia. De hecho, lo ilustra bien con un ejemplo que ya hemos empleado antes: “¿realmente querríamos concluir que, dada la correlación entre ser varón y la comisión de crímenes, deberíamos establecer el ‘ser varón’ como una excusa para el crimen? Un amplio número de delincuentes varones sostendrían plausiblemente que de haber nacido mujer no habrían cometido el crimen”⁷⁰².

Partiendo de su ya ampliamente conocida teoría del “merecimiento empírico” (brevísimamente: el orden penal se debe vincular a las “intuiciones de justicia” de una determinada comunidad y su idea del castigo justo) sostiene este autor que la mera vida de privación y violencia carece de la simpatía social que pueden tener otras situaciones parcialmente semejantes (como las de adoctrinamiento coercitivo)⁷⁰³. En este sentido sostiene que “un ‘origen social podrido’ es probablemente visto como una realidad trágica de la vida desafortunada de algunas personas. Una vida así, que puede llegar a ser tan mala, es solo cuantitativamente diferente de las luchas, decepciones, tentaciones, privaciones y crueldades que la mayor parte de la gente experimenta en su vida diaria. Es peor, pero no es cualitativamente peor. Si la conjetura intuitiva de base es que la gente es responsable de lo que es, entonces las circunstancias de un mero ‘origen social podrido’ por sí mismas no son tan únicas como para anteponerse a la suposición intuitiva”⁷⁰⁴.

En definitiva, se trata aquí, como vemos, de si un sujeto concreto será percibido por la comunidad como “uno de los suyos” o si será, de forma más o menos amplia, excluido. Aunque inmediatamente profundizaremos en todo esto, se puede apuntar ahora que, se tome la decisión que se tome, ninguna se encuentra libre de cargas para el sujeto en

⁷⁰¹ ROBINSON, P. H., “Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and ‘Rotten Social Background’”, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 2, 2011, p. 58.

⁷⁰² Obviamente se trata de un ejemplo muy simple, lo que reconoce el propio autor, que solo lo utiliza para evidenciar que la mera correlación entre un factor y un incremento del crimen no puede suministrar automáticamente argumento alguno en favor de reconocer el factor en cuestión como eximente (así, *ibíd.*, p. 60).

⁷⁰³ *Ibíd.*, pp. 74 y ss.

⁷⁰⁴ *Ibíd.*, p. 76.

cuestión. La imputabilidad le acarreará el castigo, pero la inimputabilidad lo negará como personalidad y pondrá en tela de juicio su condición de sujeto igual al resto. En el plano social el sujeto en cuestión dejará de ser el autor de un delito para ser la víctima de su infortunio. Pero no siempre está claro qué resulta preferible.

IV. El inimputable como “anormal”

Es posible que las siguientes consideraciones pudieran bien enmarcarse en el ámbito del sub-epígrafe anterior (*Límites axiológicos a la individualización*), pues, en definitiva, se tratará de demostrar que la declaración de inimputabilidad no implica solo beneficios para el inimputable. La existencia de importantes costes para el individuo en tal declaración implica la necesidad de ser cautelosos no solo cuando predicamos de alguien su imputabilidad, sino también cuando lo que sostenemos es su ausencia. Se trata de una decisión sumamente compleja, pero no podía ser de otro modo si tenemos en cuenta que lo que analizamos no es más que el presupuesto habilitante de la represión estatal de la desviación en una u otra forma. Pese a todo esto, consideramos que los siguientes argumentos cuentan con suficiente autonomía como para ser valorados de manera separada.

Desde luego, parecemos encontrarnos así en un terreno paradójico en el que, hagamos lo que hagamos, perjudicaremos a un concreto sujeto. Sin embargo, la paradoja es solo aparente. El problema esencial reside en considerar que el presupuesto necesario en nuestro ordenamiento para intervenir sobre un sujeto es su responsabilidad por el hecho cuando eso no es del todo exacto. Nuestros ordenamientos no se han constituido sobre la base de reprimir a personas culpables, sino sobre la de reaccionar frente a personas perturbadoras. La condición necesaria para proceder penalmente no es la existencia de un culpable, sino la existencia de un delito. La presencia o ausencia de culpabilidad determinará el régimen de restricción de derechos, garantías, etc., pero no la propia privación de libertad⁷⁰⁵. De manera que sucede que no es con la decisión culpable/inocente con la que se determina si se limitarán los derechos de un sujeto, sino

⁷⁰⁵ PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Revista de Derecho y Proceso Penal*, p. 74.

con la configuración de qué es un comportamiento perturbador, lo que acontece en sede de tipificación e imputación objetiva⁷⁰⁶.

Además, en este punto, y al hilo de las consideraciones expuestas, resultan particularmente ilustrativas (y acertadas) las palabras de MORSE: la atribución de responsabilidad es un arma de doble filo, responsabilizar a quien no es responsable es injusto, pero disculpar a quien sí lo es puede resultar paternalista⁷⁰⁷. La tensión injusticia/condescendencia se encuentra presente en toda decisión de responsabilidad⁷⁰⁸. Y cualquier persona sabe, por experiencia propia, que la condescendencia no es siempre preferible a la injusticia⁷⁰⁹. Esto es especialmente importante si se tiene en cuenta que, cuando no hay una justificación razonable para ello, resulta, en palabras de MOORE, “elitista y condescendiente para con los demás no reconocerles la misma responsabilidad y merecimiento que nos reconocemos a nosotros mismos”⁷¹⁰.

En todo caso, antes de profundizar en las consecuencias de una tan compleja decisión acerca de la atribución de responsabilidad es necesario volver la vista atrás y recordar qué significa ser imputable (y, *sensu contrario*, inimputable). La idea esencial, propugnada abiertamente por las modernas corrientes normativistas y asumida tácita y calladamente por el resto de la dogmática penal desde, al menos, la introducción de la idea de reproche en la culpabilidad, es que son imputables aquellas personas que son “como nosotros”, es

⁷⁰⁶ Probablemente quepa interpretar en este sentido a FOUCAULT, M., *Los anormales*, pp. 39 y ss., cuando sostiene que “la sociedad va a responder a la criminalidad patológica de dos modos, o más bien va a proponer una respuesta homogénea con dos polos: uno expiatorio, el otro terapéutico. Pero ambos son dos polos de una red continua de instituciones, cuya función, en el fondo, ¿es responder a qué? En absoluto a la enfermedad, desde luego, porque si sólo se tratara de ella, en ese caso tendríamos instituciones propiamente terapéuticas; pero tampoco exactamente al crimen, porque bastarían entonces las instituciones punitivas. En realidad, todo ese *continuum*, que tiene su polo terapéutico y su polo judicial, toda esa mixtura institucional, ¿a qué responde? Pues bien, al peligro”.

⁷⁰⁷ MORSE, S. J., “Mental Disorder and Criminal Law”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 101, 2011, p. 886.

⁷⁰⁸ De algún modo, dicha tensión se podría encontrar incluso en la institución del indulto en función del fundamento que se suministre a esta figura. Así pues, el perdón como ejercicio de gracia, explicaba BARNETT, J. D., “The Grounds of Pardon”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 17, 1927, p. 495, presupone, con el perdón concedido, la culpabilidad que un sujeto puede perfectamente rechazar y, como contrapartida, la asunción del perdón puede ser interpretada como el reconocimiento de la realización de la ofensa que no se considera tal. Un perdón inoportuno puede ser impertinente.

⁷⁰⁹ Así pues, tiene razón FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?*, p. 39, cuando sostiene que “cualquiera de los extremos es igualmente peligroso: un concepto de trastorno mental que elimine la normalidad o un concepto expansivo de normalidad que elimine el trastorno mental”.

⁷¹⁰ MOORE, M. S., “The Moral Worth of Retribution”, en SHOEMAN, F. (Ed.): *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 215.

decir, que comparten los rasgos esenciales (decisión normativa) que definen a una persona adulta y sana. Por el contrario, inimputables serán aquellos en quienes se considere que existe un déficit de alguno de estos elementos y sobre quienes se predique, por tanto, una “anormalidad”⁷¹¹.

La fuerza de los conceptos de “normalidad” y “anormalidad” es muy potente y constituye un importantísimo factor de integración social⁷¹². De este modo lo “normal” pasa a fundirse con lo “bueno” y emerge como modelo de lo deseable, patologizando y censurando (de manera más o menos expresa según el caso) la desviación. No cabe duda, y ello lo ha demostrado, aunque con más intensidad que precisión, FOUCAULT, de que la anormalidad (la locura) ha sido empleada a lo largo de la historia como elemento de represión⁷¹³. Se ha intentado trazar una clara línea entre el loco y el cuerdo incluyendo en el primer colectivo a los, simplemente, “indeseables”⁷¹⁴. Algo que podrían evocar

⁷¹¹ Comparte este punto de vista, que además explica con suma precisión, SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Imputabilidad y sistema penal*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 69, cuando sostiene, analizando distintas formas de atribución de responsabilidad, que “el planteamiento de la necesidad de pena no logra superar la situación de inferioridad en que tanto la doctrina clásica como la positiva naturalista sitúan al denominado inimputable, pues a fin de cuentas se recurre a suponer su ‘no motivabilidad’ o ‘anormalidad’ para evitar que le sea aplicada una pena. Por ello en este planteamiento el inimputable sigue siendo el otro, el diferente”.

⁷¹² Señala QUINTERO OLIVARES, G., “Culpabilidad, imputabilidad y capacidad procesal en el Derecho penal y en el enjuiciamiento de personas con trastorno mental”, en FLORES PRADA, I., (Dir.): *Trastornos mentales y justicia penal: garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 63, que “se debe proceder con sumo cuidado al atribuir las condiciones de inimputable y enfermo mental, y esta advertencia no puede desligarse de un aspecto de la cuestión frecuentemente olvidado: el derecho de todo ser humano a ser tratado igual que sus semejantes. La decisión de negar a una persona la posibilidad de participar en el proceso penal debe reservarse exclusivamente a aquellos casos en los que el sujeto no puede en modo alguno entender el significado del proceso penal”.

⁷¹³ FOUCAULT, M., *Historia de la locura*, passim.

⁷¹⁴ Señala FOUCAULT, M., *Historia de la locura*, p. 231, que, en el siglo XVIII, “[l]a locura se ha convertido en una cosa para mirar: no se ve en ella al monstruo que habita en el fondo de uno mismo, sino a un animal con mecanismos extraños, bestialidad de la cual el hombre, desde mucho tiempo atrás, ha sido eximido”. Señala después, ya de forma más confusa, que “[e]l loco no es manifiesto en su ser, pero si es indudable es por ser otro” (p. 284). Muy interesantes son también las consideraciones a este respecto de GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1997, pp. 135 y ss., cuando señala que “la línea divisoria que separa la ‘normalidad’ de la anomalía no sólo es difícil de establecer en el plano teórico, sino que se ve poderosamente influida por datos que no pertenecen directamente al estado mental del sujeto sino que se inscriben en sus eventuales condiciones de marginalidad y desocialización, de manera aún más intensa que en el caso de la aplicación de penas a sujetos responsables. La consideración de la anomalía psíquica y el tratamiento adecuado queda frecuentemente en un segundo plano respecto a la consideración del sujeto como alguien que no resulta útil en el proceso productivo, del que de este modo, se le margina. Por ello, el recurso al internamiento del sujeto peligroso adquiere caracteres más propios de la pura segregación que de intervención orientada a la reinserción social del individuo”. Esto no es más que el reproche social (informal) que

legislaciones del corte de las que constituyen la conocida Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social del tardofranquismo o su antecesora republicana Ley de Vagos y Maleantes (y cuyas simples denominaciones dejan ya poco espacio para la duda), en las que se señalaban determinados colectivos particularmente perniciosos para el modelo de sociedad deseado y se propugnaban medidas de “tratamiento” y, ante todo, de segregación⁷¹⁵.

La idea de patologizar al adversario o al indeseable no es ni mucho menos original⁷¹⁶. De hecho, poco importa la concreta condición del “enemigo” en este punto, solo señalarla como patológica. Un ejemplo importante de ello, entre otros muchos que rápidamente pueden acudir a la mente, es el desarrollado durante la Guerra Civil española y buena parte del franquismo de explicar la desviación psiquiátrica de “los rojos”⁷¹⁷. Así, las ideologías de izquierda no se correspondían, para la psiquiatría oficial española de aquellos años, con una mezcla de reflexión intelectual y tendencia personal, sino con un problema psiquiátrico de la más diversa índole: limitada capacidad intelectual, maldad innata, carácter débil, etc. Como vemos, el objetivo era distanciar a los partidarios de estas ideologías del modelo de ciudadano defendido y, para ello, la caracterización del “rojo” como “loco” era una de las herramientas utilizadas. Y ello porque, como parece fácilmente comprensible, el estatus de loco no es un estatus atractivo.

SOTOMAYOR ACOSTA ha defendido que, tal y como es concebida de manera muy generalizada, la distinción entre aquellos sujetos que son imputables y aquellos que no lo son implica que “el concepto de inimputabilidad (...) lleva aparejada la etiqueta de minusvalía”⁷¹⁸. Algo que, puede que paradójicamente dados sus valiosos esfuerzos por

acompaña a la locura, que, frente al reproche social (formal) que acompaña a la pena, no es siempre preferible.

⁷¹⁵ Vid. supra, nota 246.

⁷¹⁶ Apunta KAMMEIER, H., “Entstehung und Entwicklung von Maßregelrecht und Maßregelvollzug”, en KAMMEIER, H. y POLLÄHNE, H. (Eds.): *Maßregelvollzugsrecht*, 4ª ed., De Gruyter, Berlín, 2018, p. 1, cómo la Administración, ya desde finales del siglo XIX, comenzó a emplear la incipiente labor terapéutico-asistencial de la psiquiatría para convertir un problema social (fruto del cambio de modelo socio-económico) en una patología.

⁷¹⁷ Se pueden encontrar innumerables ejemplos de este hecho en GONZÁLEZ DURO, E., *Los psiquiatras de Franco*, passim. El planteamiento de fondo de ello se encuentra en que “[a] los rojos se les eliminaba, se les segregaba, se les reclusa, se les humillaba y se les reeducaba. Pero faltaba dar cobertura científica a tan sistemática represión (...) [l]a alteridad ideológica iba a ser afrontada del mismo modo que la medicina confrontaba con la enfermedad, como una construcción social e identitaria del ‘otro patológico’, en contraste con la identidad nacional” (pp. 132 y ss.). Esta práctica, por supuesto, no fue incompatible con la estricta represión penal de la disidencia. Vid., a este respecto, PORTILLA CONTRERAS, G., *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo*, Comares, Granada, 2009, passim.

⁷¹⁸ SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Imputabilidad y sistema penal*, p. 85. Ahora bien, el citado autor pretende reformular los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad acudiendo, entre otras, a teorías

desestigmatizar al inimputable, reconoce también de manera tácita MARTÍNEZ GARAY cuando encuentra el fundamento de la imputabilidad en una, *grosso modo*, función compensatoria que pretende asegurar la igualdad real⁷¹⁹. Para compensar con lo que se

propuestas por BUSTOS RAMÍREZ sobre los “juicios de compatibilidad” para evitar incurrir en esta consecuencia. Parece, no obstante, que no es viable configurar dichas categorías de manera que se evite tal resultado (ni psicológica, ni socialmente estamos dispuestos a ello). Creemos, además, exageradas algunas de las afirmaciones en las que sustenta sus postulados. Así, partiendo de algo que consideramos esencialmente correcto (“ni existe un orden racional y cultural absoluto ni una sola racionalidad”, p. 90) llega a la conclusión de que “por lo mismo, tampoco [existen] sujetos incapaces de actuar o motivarse conforme a valor”. Aunque lo primero sea, como creemos, cierto, de ello no se deriva necesariamente lo segundo. Esto es, puede no existir un orden cultural absoluto, pero que sí existan sujetos incapaces de adaptarse a cualquier orden socialmente configurado. Entre otros motivos, consideramos que no es adecuado tratar de superar la “etiqueta de minusvalía” (porque es un esfuerzo abocado al fracaso) y que, por el contrario, lo que debemos hacer es afrontarla y tratar de minimizarla. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Imputabilidad y sistema penal*, p. 88, es también de la opinión de que la existencia de un orden de valores absoluto, o de un consenso acerca de estos, recogido por el Derecho penal, “ha sido negada sin embargo por las investigaciones realizadas en el ámbito de las ciencias sociales, tanto en referencia a los sistemas sociales como al sujeto mismo, individualmente considerado”. De la inexistencia de este orden deriva el autor, como vimos, lo arbitrario de exigir que los individuos se plieguen precisamente a este y de distinguir entre los sujetos que pueden hacerlo y aquellos que no. En nuestra opinión, sin embargo, nos encontramos de nuevo ante un paso de la premisa mayor a la premisa menor insuficientemente justificado. Nos parece difícil rebatir que el orden social es contingente (y no solo eso, sino que se encuentra enormemente influenciado por intereses que poca cabida deberían tener en un ordenamiento verdaderamente democrático). Sin embargo, no creemos que de ello se derive que el Derecho penal no pueda (ni deba) pretender ser un orden absoluto (impuesto a todos los miembros que componen la sociedad que pretende regular) y con pretensión de validez general. Y ello, entre otras cosas, porque, con todas sus imperfecciones (que son muchas y muy graves), el Derecho penal es uno de los mecanismos para mantener el orden social más democráticos que pueden existir en un Estado, dado que su intervención presupone la participación de, al menos, los poderes legislativo y judicial de cada Estado. Permitir un relativismo amplio en el seno de un Estado que dé pie a que determinados colectivos se regulen por fuera de las leyes y procedimientos del sistema democrático no nos parece intrínsecamente valioso. Actuar de esa manera supone dar mayor autonomía a determinadas minorías, pero también desproteger a las “minorías de las minorías”, que quedan sometidas a un ejercicio de la autoridad y a una imposición de valores que no serán generalmente menos coactivas (más bien lo contrario) que las propias al Derecho penal en un Estado de Derecho.

⁷¹⁹ Así, sostiene MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 391, que “[c]uando el estado de estas capacidades está por debajo de un determinado mínimo, el sujeto se encuentra en sus relaciones sociales en una situación de inferioridad respecto de los demás, que se percibe claramente en el hecho de que no se reconoce eficacia, ni positiva ni negativa, a sus actuaciones (...) el Derecho penal debe adecuar su respuesta —la responsabilidad penal— a esta situación de inferioridad”. Aún más rotunda se muestra dicha autora cuando señala que “[l]as alteraciones mentales son situaciones en las que el sujeto afectado se encuentra en una *situación de inferioridad* respecto de sus conciudadanos, *a todos los niveles* [estas cursivas son propias], pues los déficits en las capacidades cognitivas y volitivas no son relevantes solo para el Derecho penal (...) por lo tanto, hay razones para atender esta situación de inferioridad y compensarla, desde el punto de vista del Derecho penal, aplicando una exención o atenuación de la responsabilidad cuando el inimputable realice un comportamiento delictivo” (MARTÍNEZ GARAY, L., “Imputabilidad”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.): *Memento penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 253). Precisamente por esto resulta tan problemática la defensa que algunos autores desarrollan de que la psicopatía debería repercutir de algún modo en la responsabilidad penal. Si, como parece demostrado, los rasgos asociados a la psicopatía reciben buenas valoraciones sociales en determinados contextos y suponen una cierta “ventaja competitiva”, no parece sencillo hablar en estos casos de una “situación de inferioridad respecto de los demás”. En este sentido, se ha señalado por PEÑARANDA RAMOS, E. y PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Psicopatía y

entiende que es un bien (la exención de responsabilidad), es preciso que exista previamente algo que pueda ser caracterizado como un mal⁷²⁰. En este punto, ha señalado HASSEMER con mucho acierto que “no todo el mundo considera, como los penalistas, que ‘enfermedad’ sea menos que ‘culpabilidad’”⁷²¹. Y no es este un planteamiento irracional. Por un lado, los costes sociales de una u otra identificación son diferentes. La sociedad puede perdonar al criminal responsable (aunque reproche lo que hizo), mientras que siempre temerá al loco (aunque no censure a su persona).

Pero ni siquiera se trata solo de los costes sociales. También existen importantes costes jurídicos que no siempre son debidamente considerados. Así, el mismo autor alemán, ha explicado que “[l]a vieja concepción que veía en las medidas un *minus* frente a las penas, porque no implicaban un reproche de culpabilidad, se revela, cuando se analiza más detenidamente, como absolutamente vacía de contenido. Lo que cuenta para el sancionado —y para su confianza en la Administración de Justicia— no es la vestimenta teórica con la que se reviste la consecuencia jurídicopenal, sino el perjuicio real que lleva consigo. Este perjuicio no es, en principio, inferior al de las penas cuando se trata de medidas privativas de libertad —incluso en muchos casos puede ser superior, al quedar el afectado por las medidas ‘psiquiatrizado’ en nuestro sistema dualista—”⁷²².

Derecho penal: algunas consideraciones normativas a partir del estado actual de los conocimientos científicos”, en ORTEGA ESCOBAR, J. y ALCÁZAR CÓRCOLES, M. A. (Coords.): *Agresión y psicopatía. Aspectos psicológicos, neurobiológicos y legales*, Pirámide, Madrid, 2019, p. 159, que “[o] valoramos totalmente de un modo positivo estas características, o las desvaloramos totalmente, o nos situamos en un punto medio. No cabe una cuarta posición y lo que supone una inconsistencia lógica es asumir más de una posibilidad a la vez: que la psicopatía pueda ser positiva en algunos aspectos y globalmente desvalorada”. De este modo, resaltan también que “no puede dejar de resultar paradójico que nuestra sociedad demande en determinados contextos una serie de atributos que luego patologiza”.

⁷²⁰ Lo aquí sostenido no pretende, sin embargo, apuntar una posible incoherencia de esta autora. No creemos que tal incoherencia se produzca, pues una cosa es reconocer que *de facto* algunos inimputables se encuentren en una situación de inferioridad que pueda justificar un tratamiento compensatorio y otra oponerse, como ella hace, a que tal inferioridad se fundamente de manera tácita o expresa desde un planteamiento teórico. Conviene, pues, dissociar ambos planos, como creemos que hace la autora.

⁷²¹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, p. 322.

⁷²² HASSERMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, p. 322. Por su parte, HÖRNLE, T., *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 32, ha defendido de manera similar que resulta cuestionable la esperanza de que el Derecho de las medidas de seguridad implique un tratamiento más humanitario con el autor del delito del que suponen las penas, pues hay buenos motivos para pensar que algunas prácticas manipulativas de las primeras lo son menos que un abierto reproche. Así, conviene recordar con NEDOPIL, N., “Das Infragestellen der Schuld und die Folgen für das Strafrecht aus forensisch-psychiatrischer Sicht”, en ROTH, G., HUBIG, S. y BAMBERGER, H. G. (Eds.): *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, Múnich, 2012, pp. 68 y ss., las “dramáticas consecuencias”, por todos conocidas, a las que en el pasado se ha llegado con la infiltración de la medicalización en el Derecho penal.

Esta última idea entronca con algo importante. La declaración de imputabilidad implica el reconocimiento de la personalidad del autor y, en buena medida, su blindaje⁷²³. Pese a los momentos en los que la idea de la pena resocializadora alcanzó cotas invasivas que hoy asustan, lo cierto es que actualmente hay un importante consenso en que debe haber una suerte de “programa de mínimos” en este ámbito⁷²⁴. De este modo la individualidad del sujeto y su autonomía suponen límites a la intervención estatal. Esto, en cambio, no sucede con los inimputables. De ellos no se predicán en el mismo grado ideas como “autonomía”, “voluntariedad”, “personalidad”, etc. En principio, puede haber buenas razones para ello. Un sujeto que sufra una psicosis, por ejemplo, que padece importantes y peligrosas (también para sí mismo) alteraciones en su percepción, requiere de un tratamiento (una ayuda) para su propio beneficio.

Pensemos ahora, en cambio, en el caso de un sujeto que presente rasgos de carácter psicopático, un sujeto de personalidad anormal definido, esencialmente, aunque no solo, por su falta de empatía, esto es, simplificando, por su egoísmo⁷²⁵. La consideración del psicópata como inimputable implica dar carta blanca a la invasión del Estado en su personalidad⁷²⁶. Dicho llanamente: permite al Estado tratar de manera muy invasiva el egoísmo de una persona. Esta posibilidad conduce inevitablemente hacia un Estado perfeccionista, como desarrollaremos más adelante.

Podríamos decir entonces, a modo de síntesis de lo anterior, que recibir la calificación de inimputable no es algo bueno. Aunque tal declaración exonera al sujeto de la imposición

⁷²³ Seguramente porque, como indicaba MEZGER, E., *Schuld und Persönlichkeit*, Elwertsche, Marburgo, 1932, p. 19, la atribución de responsabilidad requiere una adecuación de la personalidad del autor a la “constitución espiritual normal” (*normale Geistesverfassung*). Así, si lo que se manifiesta es una “personalidad normal”, poco sentido tiene tratar de incidir sobre ella.

⁷²⁴ MIR PUIG, S., “¿Qué queda en pie de la resocialización?”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 2 extraordinario, 1989, pp. 38 y ss. En definitiva, tal y como señala CORNEL, H., “Zum Begriff der Resozialisierung”, en CORNEL, H., KAWAMURA-REINDL, MAELICKE, B. y SONNEN, B. R. (Ed.): *Resozialisierung. Handbuch*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 51, se debe asumir que el propio concepto de resocialización encierra una tensión entre el individuo y la sociedad que no puede ser resuelta tratando al individuo en cuestión como un mero objeto (lo que sería contrario a su dignidad humana).

⁷²⁵ Un análisis más detallado acerca del concepto de psicopatía y sus eventuales repercusiones jurídicas se puede encontrar en CANCIO MELIÁ, M., “Psicopatía y Derecho penal”, pp. 261 y ss.; OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, pp. 26 y ss. y PEÑARANDA RAMOS, E. y PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones normativas”, pp. 139 y ss.

⁷²⁶ Todo ello, dejando al margen la problemática cuestión de si existe efectivamente tratamiento para este “trastorno”. Vid., a este respecto, PEÑARANDA RAMOS, E. y PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones normativas”, pp. 168 y ss.

de la pena, ello no lo libra de la imposición de otros costes (jurídicos y sociales). La caracterización normativa del concepto de imputabilidad, que define al inimputable como algo distinto al “nosotros”, implica, por tanto, la construcción del concepto “persona normal”. La sociedad (y el ordenamiento jurídico) al escoger cualitativa y cuantitativamente lo que constituye la persona responsable define también lo que es una persona normal. Esto produce un efecto no solo en el Derecho penal, ni en el concreto autor del delito, sino en la sociedad toda. Ello conduce a una conclusión ciertamente perturbadora: cuanto mayor es el concepto de inimputabilidad, más restringido es el concepto de persona normal⁷²⁷.

En el último siglo y medio hemos asistido a varios intentos (a veces propulsados por motivos “científicos” y, en la mayoría de los casos, por motivos humanitarios) de expandir el ámbito de la inimputabilidad. La siempre bienintencionada esperanza de que la ciencia nos permitiera comprender mejor al delito y al delincuente conducía como corolario a disculpar lo que antes se castigaba⁷²⁸. En términos generales esta tendencia se puede hallar justificada. Sin embargo, es importante no dejarse arrastrar por la corriente positiva pasando por alto detalles que no lo son tanto. Un exceso de disculpa conduce a un exceso de patologización. A mayor patologización, menor normalidad. Cuanto menor es el concepto de normalidad, más autoritaria es una sociedad que entiende como modelo de persona algo verdaderamente restringido⁷²⁹. La consideración de inimputabilidad sobre el delincuente conduce a su patologización. Cuando esta consideración se generaliza se hace extensiva al delito en su conjunto. Una sociedad será más tolerante cuanto mayor sea su facilidad para admitir el delito no como una patología, sino como un fenómeno natural en su seno⁷³⁰. Será más liberal cuanto más fácilmente admita también

⁷²⁷ PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Revista de Derecho y Proceso Penal*, p. 89.

⁷²⁸ Vid., al respecto, las reflexiones de KAUFMANN, ART., *Das Schuldprinzip*, pp. 217 y ss., sobre la historicidad de la culpabilidad y su evolución. Muestra esta esperanza también, entre otros muchos, URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2004, p. 145, cuando explica que el progresivo avance científico permite reducir los supuestos de incertidumbre en lo que a la imputabilidad se refiere, haciendo que en nuestro desconocimiento jueguen cada vez un papel menor las necesidades preventivas. Constata igualmente esta tendencia expansiva de la inimputabilidad JORGE BARREIRO, AG., “El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995”, *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 6, 2000, p. 198.

⁷²⁹ PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Revista de Derecho y Proceso Penal*, pp. 90 y ss.

⁷³⁰ En este sentido, sostuvo DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005 (publicación original: 1895), p. 199, que “clasificar el crimen entre los fenómenos sociológicos normales”, como él mismo hace, “no es solamente decir que es un fenómeno inevitable, aunque lamentable, debido a la incorregible maldad de los hombres; es afirmar que es un factor de

que el delincuente puede no ser un “loco”, sino alguien que, como cualquiera de nosotros en otras circunstancias, responde racionalmente a un entorno hostil o a una sub-cultura imperante, o que, como nosotros mismos, decide tomar determinadas decisiones tras sopesar costes y beneficios⁷³¹. Será una sociedad mejor aquella que, como ha señalado

salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana”. Además, el (para algunos utópico) futuro sin delitos no sería muestra de un estado social más avanzado, sino, más bien, de una absoluta e indeseable homogeneidad moral que impediría que a través del conflicto y la discusión se pudiera seguir produciendo desarrollo moral alguno, lo que sería, en principio, propio de una sociedad extremadamente totalitaria (pp. 192 y ss.). De forma especialmente bella plasma estas ideas el autor cuando defiende que “nada es bueno indefinidamente y sin medida. Es preciso que la autoridad de la que goza la conciencia moral no sea excesiva, de otra forma nadie osará levantar la mano contra ella y se petrificará muy fácilmente bajo una forma inmutable. Para que pueda evolucionar, es necesario que la originalidad individual pueda realizarse, ahora bien, para que la del idealista que sueña con sobrepasar su siglo pueda manifestarse, es preciso que la del criminal, que está por debajo de su tiempo, sea posible. La una no va sin la otra” (p. 196).

⁷³¹ Es en el marco de estas consideraciones en el que se suscita una interesante y compleja cuestión, que no es otra que la de qué clase de motivos ha de suministrar con carácter prioritario el Derecho penal a sus destinatarios. En este sentido, resulta apasionante el debate acerca de si es más respetuoso con la dignidad humana un ordenamiento jurídico que ofrece motivos morales que su destinatario puede compartir (postura que probablemente constituye la opinión mayoritaria, vid., al respecto, MEZGER, E., *Schuld und Persönlichkeit*, pp. 20 y ss.) o aquel otro que se limita a suministrar motivos prudenciales que demanden una mera adhesión externa. Sobre esta última alternativa resulta ineludible la concepción de la pena (y de la culpabilidad) articulada por GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*. Para este autor una idea básica, sobre la que pivotará toda su monografía, será la de que el Estado cuando se dirige al ciudadano ha de actuar guiado por razones morales, mientras que al individuo no se le debería exigir más que actuar amparado en razones de carácter prudencial (en especial: pp. 24 y ss.; 108 y ss.; y 321). Posición que le llevará, más adelante, a defender un interesante concepto de culpabilidad como “falta de prudencia referida a la pena” (p. 379) o, dicho con otras palabras, que “no se trata de que el autor se haya decidido por lo incorrecto, sino de que tiene que cargar por sí mismo con las consecuencias previsibles de sus acciones” (p. 382). En un sentido similar, como señala RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 238, “[n]o es demasiado evidente, por otra parte, que se deba optar, si es que se puede, por un ordenamiento que hable en términos morales sobre uno que lo haga en términos prudenciales (...) la decisión perfectamente podría ser la inversa, pues pese al supuesto de desmerecimiento del lado moral de los sujetos, al menos se evitaría así la introducción de cuestiones morales en los mecanismos de control social. Quizás resulte preferible un ordenamiento que solo se preocupe del control externo de las conductas, aunque para ello nos trate, en cierta medida, como a animales”. De forma algo más moderada, PEÑARANDA RAMOS, E., *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, p. 432, ha sostenido que “un ordenamiento jurídico, que se presume a sí mismo legítimo, pretende prioritariamente el reconocimiento racionalmente motivado de sus normas. La peculiaridad del modo de validez del Derecho estriba en que se orienta simultáneamente a dos polos: a la facticidad de la observancia regular de las normas, que en su caso se obtiene también mediante la coerción, y a la legitimidad de la regla misma, que puede producir su observancia por el propio respeto hacia ella. Como consecuencia de esta prioridad para el ordenamiento de la perspectiva de la legitimidad, pese a la neutralidad respecto de la motivación concreta que impulse al agente a cumplir la ley, en los casos de incumplimiento está vedado un trato puramente instrumental con el infractor, si en él se supone la capacidad para una motivación que atienda a la legitimidad de la norma”. Pese a ello, entiende el autor citado, “el recurso a la fuerza instrumental o a la amenaza de ella es imprescindible para garantizar un mínimo de observancia fáctica del Derecho, pero sólo de forma secundaria”. Vid., también, profundizando en esta idea, PEÑARANDA RAMOS, E., *Doxa*, pp. 317 y ss. La pena emerge así como un motivo adicional para el cumplimiento de la norma, que es ya, en sí misma, una razón para su cumplimiento. En un sentido parcialmente similar (hablando de la “prevención primaria” a la que se dirige la norma y la “prevención secundaria” a la que se dirige la sanción), vid., KRÜMPELMANN, J., “Dogmatische und empirische

VON HIRSCH o, entre nosotros y adhiriéndose a él, PEÑARANDA RAMOS, entienda que el Derecho penal no es algo que nosotros (los buenos ciudadanos) hacemos para ellos (los delincuentes), sino algo que los ciudadanos hacen para ellos mismos en tanto que posibles delincuentes⁷³².

En definitiva, y retomando las citadas palabras de MORSE, en las decisiones acerca de la inimputabilidad de un sujeto nos podemos encontrar ante la compleja tensión entre injusticia y condescendencia. Ni una opción ni otra es deseable. Pero tomar conciencia de la relación de todas estas cuestiones es importante para que la decisión que se tome sobre la imputabilidad de un individuo sea consecuente. El peligro de condescendencia juega en dos planos: el genérico de la sociedad (que ya ha sido descrito y que conduce a una sociedad perfeccionista) y el específico del sujeto concreto. Sobre este segundo plano resta por efectuar alguna consideración.

Es fundamental tener en cuenta que el respeto a la dignidad del individuo no cristaliza únicamente en respetar la culpabilidad como límite del castigo (es decir, en no instrumentalizarle para satisfacer necesidades sociales). Respetar la dignidad de otra persona significa también aplicarle el mismo baremo que se aplicaría uno a sí mismo. La

Probleme des sozialen Schuldbegriffs”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, pp. 343 y ss. La cuestión es que si se opta por un modelo de ordenamiento que suministra motivos morales es porque se presupone un destinatario capaz de razonar en tales términos; por el contrario, al ubicar el peso central del argumentario jurídico en razones de carácter prudencial se “descaféina” la clase de destinatario al que se dirige, del que ya no se pide tanto, sino un simple razonamiento “económico”. En los términos ya expuestos, si el ordenamiento define (siquiera indirectamente) lo que es el ciudadano normal, quizás sea preferible asumir que este coincide con el segundo de los destinatarios apuntados y que el primero es un ciudadano extraordinario, sencillamente mejor. Confundir lo extraordinario con lo ordinario, lo bueno con lo normal, supone adoptar una posición en exceso exigente (y poco agradecida, por cierto, con quienes merecen quizás una mejor consideración social). Se impide así reconocer lo supererogatorio y lo bueno, en lugar de fundirlo con lo debido. Para comprobar la conexión entre estos razonamientos y el tratamiento jurídico que el ordenamiento debería dispensar a la psicopatía (la atribución plena de responsabilidad), vid. PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Revista de Derecho y Proceso Penal*, pp. 84 y ss. y PEÑARANDA RAMOS, E. y PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones normativas”, p. 157.

⁷³² Así, PEÑARANDA RAMOS, E., *Doxa*, p. 319. Sostiene, en este sentido, VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Trotta, Valladolid, 1998 (publicación original: 1993), pp. 28 y ss., que “los penalistas tienden a ver con excesiva facilidad a los delincuentes como especies aparte del ciudadano obediente, como personas que son bastante impermeables a los mandatos morales y que necesitan ser intimidados o refrenados para respetar la ley. Yo no acepto esta visión. Un sistema de penas no debiera ser diseñado como algo que ‘nosotros’ hacemos para prevenir que ‘ellos’ delinca. Más bien debería ser algo que los ciudadanos libres diseñan para regular su propia conducta. Debiera admitirse que ambos somos personas que (por lo menos bajo determinadas circunstancias) podemos ofender a otras y, al tiempo, somos capaces de entender los juicios morales que el castigo expresa. Un sistema penal en una sociedad democrática debiera ser del tipo del que la gente aceptaría como forma de ayudarles a vencer sus propias tentaciones, al tiempo que respeta su capacidad para elegir”.

condescendencia hacia otro individuo por su diferente sistema de valores (o por la ausencia del mismo) supone en ocasiones un ataque a la dignidad superior al desprecio directo. Evitar la condescendencia es, en definitiva, la otra cara del respeto a la dignidad del individuo. Resultaría ofensivo para cualquier adulto que sus compañeros de trabajo lo trataran como a un niño. Todos hemos sentido en alguna fase de nuestra vida la necesidad de “ser tomados en serio”. Ese trato requiere necesariamente ser considerado un sujeto válido de imputación. Esto es, que ni *nuestros* méritos ni nuestros fracasos sean considerados frutos del azar, sino de *nuestros* esfuerzos, aciertos, errores y flaquezas.

Es importante señalar que, al margen de lo que se ha explicado hasta ahora, la declaración de inimputabilidad de un sujeto no implica, *per se*, ofensa alguna a su dignidad⁷³³. La dignidad no depende de la decisión acerca de la imputabilidad de un sujeto. Como ha señalado PÉREZ MANZANO, la inimputabilidad nada dice acerca de los derechos o las libertades políticas⁷³⁴. Junto a este principio, que se comparte aquí, cabe realizar, sin embargo, un añadido. Es indudable que el inimputable no carece de dignidad. Pero es cierto también que tratar a un individuo que reúne las condiciones para ser considerado imputable como si no lo fuera supone un ataque a esta (por medio de un trato desigual que, aunque pudiera parecer beneficioso, no se encuentra justificado). Conceder a alguien un trato beneficioso que no amerita es apartarse del criterio de merecimiento (con lo bueno que este criterio aporta como reconocimiento de la individualidad de un sujeto). Es dejar de tomar en serio a la persona en cuestión.

Todo esto recuerda inevitablemente a la controvertida afirmación de HEGEL de que la pena honra al delincuente *como ser racional*⁷³⁵. Esta afirmación tiene, ciertamente, más

⁷³³ Vid., en todo caso, sobre los peligros de asociar el concepto de imputabilidad con la idea de dignidad humana (en los que creemos no caer), MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 190 y ss. y SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, pp. 169 y ss. y 235. Un ejemplo claro de estos peligros se puede apreciar en la obra de KAUFMANN, ART., *Das Schuldprinzip*, p. 116, cuando señala que la culpabilidad y la pena solo se pueden fundar en “lo humano” (*Menschsein*) de los sujetos, aunque inmediatamente después mantenga que de ello no se debe desprender que en cada caso concreto en el que se rechace la capacidad de culpabilidad (por ejemplo, el de un niño o un enfermo mental) se niegue también la humanidad del individuo en cuestión. Este planteamiento no resulta, precisamente por los peligros que alberga, especialmente satisfactorio.

⁷³⁴ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, p. 199, sostiene que “la constatación de causas que excluyen la capacidad de responder al estímulo normativo no dice nada en cuanto a las libertades políticas o dignidad del inimputable”.

⁷³⁵ HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Casa Juan Pablos, México D. F., 2004 (publicación original: 1821), p. 108 (§100). JAKOBS, G., “Derecho penal del enemigo”, p. 25, ha sostenido de forma similar que “tanto el hecho como la coacción penal son medios de coacción simbólica, y el autor es

valor del que la doctrina le suele conceder⁷³⁶. Del postulado hegeliano no se deriva, al menos no necesariamente, que la dignidad humana del individuo entre directamente en juego⁷³⁷. Más bien, se pone de manifiesto solo que su racionalidad es reconocida mediante la pena. Racionalidad y dignidad no son la misma cosa⁷³⁸. Sin embargo, tratar como irracional a un sujeto que no lo es sí atenta contra su dignidad⁷³⁹.

Con suma exactitud ha apreciado esta tensión MOLINA FERNÁNDEZ al defender que “[c]uando consideramos a alguien subjetivamente responsable de un hecho consciente y voluntario que surge de su yo, estamos haciendo algo más que vincularlo causalmente con el hecho, estamos reafirmando como persona. Al imputarle el hecho a él y no a antecedentes causales que se remontan más allá de él, le *reconocemos su condición personal*. Cada acto de imputación es una pieza de construcción del edificio de la

tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho”. PÉREZ DEL VALLE, C., *InDret*, p. 16, desde un planteamiento diferente, ha afirmado en un sentido parecido que “constituye un error fundamental considerar la exclusión de la pena como un privilegio; la imputabilidad es la cualificación del sujeto como sujeto moral y, por tanto, como centro de imputación jurídica”.

⁷³⁶ Así, PEÑARANDA RAMOS, E., “La pena: nociones generales”, p. 284, mantiene, en expresa referencia a las citadas palabras de HEGEL que “con una formulación extraña, que ha provocado más de una chanza, lo que Hegel enunció no fue el derecho del delincuente a ser penado, sino su derecho a no ser sometido con la pena a un trato puramente instrumental (esto es, el derecho a no ser incoicizado, intimidado o corregido y a no ser sometido coactivamente o de un modo encubierto a cualquier disciplina o manipulación dirigidas a modificar sus disposiciones y actitudes internas o la estructura de su personalidad)”. En un sentido parecido, sostiene FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, BdeF, Buenos Aires, 2014, p. 36, que las críticas injustamente vertidas frente al alemán obvian que “lo que quiere decir Hegel con ella [con la mentada expresión] es que con la imposición de la pena se está tratando al delincuente como alguien susceptible de culpabilidad porque se le reconoce su dignidad, capacidad y competencia. Precisamente por ser una persona que con su acción expresa mensajes de validez general es preciso imponerle una pena”.

⁷³⁷ Algo que, sin embargo, sugieren SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, p. 235; y MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 190 y ss.

⁷³⁸ Lo que, sin embargo y paradójicamente, asumen de manera tácita quienes critican este planteamiento de HEGEL por considerar que vincula dignidad e imputabilidad. Una cosa es que sobre la opinión del autor se pueda efectuar con acierto tal afirmación (algo sobre lo que ciertamente no estamos capacitado para discutir) y otra, bien distinta, es que tal afirmación aisladamente considerada y, por tanto, encajable en otros muchos sistemas de pensamiento, sea en sí misma inadecuada.

⁷³⁹ PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Revista de Derecho y Proceso Penal*, p. 87. Con razón decía NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 382, que nuestra dignidad “se considera lesionada cuando un interlocutor descalifica nuestras intenciones, decisiones y juicios por suponerlos resultado ineludible de nuestras experiencias infantiles, de nuestra particular inserción en la sociedad o de los procesos fisiológicos que ocurren en nuestro cerebro”.

personalidad. Sean cuales sean los perjuicios que se asocien al hecho imputado, de ello el autor obtiene siempre el beneficio de la afirmación de su propio yo”⁷⁴⁰.

Desde una perspectiva diferente ha señalado algo similar MAÑALICH RAFFO. Como acostumbra a suceder, el que por caminos distintos se llegue a parecidos resultados suele ser un buen indicio de que el destino es el correcto. Este autor manifiesta que “[r]eprochar algo a alguien supone la adopción de una actitud reactiva frente a él, y todo reproche se formula asumiendo la perspectiva de un participante en la comunicación. Esto implica que el autor del reproche reconoce al destinatario de éste como un participante en la comunicación. La imposición de la pena retributiva conlleva un reconocimiento del sujeto sancionado. La paradoja del reproche expresado en la pena se encuentra en que el reproche constituye un reconocimiento cuyo sentido es la desaprobación: la paradoja está en que reconocemos al autor, mediante el reproche de culpabilidad, como un participante en la interacción comunicativa”⁷⁴¹. En términos muy similares, y de forma próxima a este último autor, defiende SÁNCHEZ-OSTIZ que “[e]l sentido del juicio de *imputatio iuris*, de imputación de segundo nivel, o sencillamente de culpabilidad es tratar al agente no sólo como sujeto, sino además como persona. Esto supone o implica tratarlo como uno de los nuestros, que lo considero un sujeto como yo. Reprochar (o echar en cara) no es entonces expulsar”⁷⁴². Dicho de otra manera: “la culpabilidad es el modo de tomarnos en serio a

⁷⁴⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad*, p. 168. Seguramente quepa trazar alguna conexión entre tales afirmaciones y las de ENGISCH, K., *La teoría de la libertad de la voluntad*, p. 116, cuando este último sostiene que “[s]i se plantea la pregunta de por qué castigamos sólo a los sujetos imputables, siendo que también en los inimputables —niños, enajenados, ebrios— la conducta aparenta ser expresión de la personalidad, habría que contestar, ora que el hecho no es precisamente expresión de la personalidad, sino, acaso, mero eco de una enfermedad o intoxicación (y ésta, naturalmente, no puede estar de nuevo basada en una debilidad del carácter, por tanto, tampoco en la ocurrencia de una embriaguez culpable), o bien —y en tanto no se ponga en discusión el vínculo entre personalidad y modos de comportamiento a propósito de los inimputables— que el hecho es expresión de una personalidad tal, que se revela inapropiada para que la pena surta influjo en ella. Esto último concierne especialmente a los niños y jóvenes exentos de responsabilidad (al fin y al cabo, en cuanto a éstos no es controvertible la relación entre hecho y personalidad), en el entendido de que, por lo menos en su caso, otras reacciones a la conducta criminosa pueden resultar más indicadas e influir sobre el carácter en términos de que no se siga una recaída en el obrar delictivo”.

⁷⁴¹ MAÑALICH RAFFO, J. P., “Retribucionismo expresivo”, pp. 64 y ss. En términos similares ha llamado la atención KINDHÄUSER, U., “La fidelidad al Derecho”, p. 111, sobre “la paradoja de que reconocemos al autor, precisamente mediante el reproche de culpabilidad, como participante en la interacción orientada al entendimiento”.

⁷⁴² SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “Tomarnos en serio a nosotros mismos”, pp. 77 y ss.

nosotros mismos, porque significa considerar al sujeto al que se imputa como agente y como persona en sociedad, por su posición respecto a los otros”⁷⁴³.

Una vez establecido lo anterior cobra especial importancia la advertencia que hiciera QUINTERO OLIVARES al señalar que, en ocasiones, “subyace la convicción, sobre todo en los ámbitos extrajudiciales, de que el declarado y etiquetado como loco, se ‘libra’ del proceso penal cual si eso fuera una gran suerte que le alejara de la represión punitiva (...) [s]e olvida así que se trata de un acto de marginación en el que, con razón o sin ella, se le niega la condición de ciudadano normal y con ella el derecho al enjuiciamiento completo, a cambio de un etiquetamiento y del sometimiento a unas medidas de seguridad”⁷⁴⁴.

Con mucha claridad (y especial trascendencia por lo que respecta al objeto de nuestro trabajo) lo ha visto también desde el ámbito anglosajón GARDNER. Para este autor hay dos formas de comprender la responsabilidad. Una primera que la concibe como algo no muy distinto a una vulnerabilidad; algo de lo que, en la medida de lo posible, el sujeto debe desprenderse por las consecuencias perjudiciales que puede llevar asociadas. Una visión enfrentada, que sostiene el autor citado, es aquella que considera que la propia responsabilidad es algo de lo que uno debe estar orgulloso y que debe tratar de defender. Se trata de algo muy cercano a la propia humanidad y cuestionarla, aun con la mejor de las intenciones, resulta degradante. Por ello, aunque es lógico tratar de evitar la imposición de consecuencias adversas, la forma de hacerlo desde el respeto por uno mismo no es, dice GARDNER, rechazar la responsabilidad⁷⁴⁵. Aunque creemos que el autor citado incurre, al menos tácitamente, en una asociación de responsabilidad/dignidad que se ha criticado antes (y que puede llegar a ser sumamente peligrosa) ejemplifica bien la relación (nunca identidad) que puede llegar a haber entre ambas.

Llegados a este punto, conviene alertar de lo paradójico de todo este proceso. En términos escuetos se puede resumir como sigue. La doctrina penal trabaja habitualmente con un material que le resulta incómodo: la pena, la imposición de dolor por parte del Estado. Por ello, lleva tiempo preocupándose por hallar la manera de justificar esta precisamente frente al

⁷⁴³ *Ibíd.*, p. 84.

⁷⁴⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, p. 38.

⁷⁴⁵ GARDNER, J., *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 85. Desarrolla esta misma idea luego al hablar del autorrespeto que toda persona debería tenerse a sí misma y cómo la alegación de inimputabilidad entraría en conflicto con ella (pp. 132 y ss.).

sujeto que la sufrirá. Una vía fructífera para solucionar este problema ha sido la de destacar los efectos positivos que mediata o inmediatamente la pena tiene sobre el sujeto que la sufre: reconocimiento social, racional, personal, etc. Sin embargo, al proceder de este modo se pone de manifiesto, de manera inevitable, que la no imposición de la pena (un mal) comporta necesariamente la privación de un bien (el reconocimiento), que no es más que un nuevo mal (la exclusión). Justificar la pena, como creemos que razonablemente se hace, reseñando las virtudes que la misma encierra en el plano de la interacción humana para el sujeto penado nos enfrenta al dilema de que no imponer un mal (de una u otra naturaleza) a quien comete un delito deja de ser una opción. La sociedad (el ordenamiento) responderá de uno u otro modo, pero haga lo que haga infligirá un daño al autor del delito.

Es importante reconocer, pese a todo, que las manifestaciones anteriores requieren una cierta matización. Todas ellas parecen equiparar, como, por otra parte, con tanta frecuencia sucede, “sujeto inimputable” a “sujeto estructuralmente inimputable”. Sin embargo, se debe recordar que esta concurrencia, si bien puede darse en muchos casos, no es imprescindible⁷⁴⁶. Como ha señalado MARTÍNEZ GARAY con especial insistencia, nuestro ordenamiento parte de la constatación de la imputabilidad en un momento concreto (el de la comisión del delito) y no de su caracterización (muy habitual en la doctrina) como una suerte de *estatus* que acompaña al sujeto allí donde esté⁷⁴⁷. Por

⁷⁴⁶ Cuando afirmamos que esto puede llegar a suceder “en muchos casos” no queremos decir que tenga que acontecer en la mayoría de ellos, lo que con seguridad no sucede. Por ello, conviene en todo caso atender a lo que afirma desde otra perspectiva SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, p. 162, cuando sostiene que “un entendimiento de la imputabilidad como incapacidad general de asumir las exigencias del ordenamiento supone reducir su virtualidad a aquellos casos gravísimos que son, al mismo tiempo, excepcionales”. No obstante, no parece que deba haber problema alguno en admitir en el plano analítico que, como señala para el ámbito de la moralidad, por ejemplo, FISCHER, J. M., “Responsiveness and Moral Responsibility”, en SHOEMAN, F. (Ed.): *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 81, “distinguimos entre aquellas criaturas que pueden ser hechas legítimamente responsables y aquellas que no. De entre las acciones que ejecuta un sujeto responsable distinguimos entre aquellas acciones de las que el sujeto es moralmente responsable y aquellas de las que no lo es”.

⁷⁴⁷ En este sentido, apunta MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 72 y ss., que, en el plano de lo declarado, existe consenso doctrinal, jurisprudencial y forense en que “la imputabilidad no es una característica general de la persona que quepa apreciar en abstracto, sino que sólo puede valorarse en relación con un concreto hecho cometido”. Sin embargo, surge luego la “tamaño contradicción” que supone “la pretensión de referir la imputabilidad al caso concreto, e insistir en el hecho de que sea apreciada respecto de un comportamiento no significa que también respecto de otro distinto haya de darse de igual manera, por una parte, y afirmar por otro lado que lo que se valora en la imputabilidad no es si el sujeto pudo o no entender el significado de la conducta concreta y adecuar su comportamiento a tal comprensión, sino su capacidad general para comprender qué conductas están prohibidas por el ordenamiento y gobernar su conducta de acuerdo con las normas jurídicas” (p. 74); contradicción en la que incurre con frecuencia buena parte de la doctrina. Toda esta cuestión se tornaría, además, especialmente peligrosa en aquellos supuestos es los que se liga la imputabilidad a la idea de dignidad (pp. 413 y ss.). Inciden también en la idea de que la culpabilidad demanda un análisis de las circunstancias concretas en las que el sujeto actuó (y no de unas características que acompañan al sujeto de forma duradera) SCHMIDHÄUSER, E., “Über den axiologischen Schuldbegriff

supuesto, tampoco sería apropiado caracterizarla como “un modo de ser de la persona”, lo que no es sustancialmente distinto⁷⁴⁸. Como hemos apuntado antes, esta afirmación nos parece incontrovertible.

En consecuencia, es necesario conciliar el efecto estigmatizador de la declaración de inimputabilidad con la transitoriedad de esta. Una primera vía, importante para un conjunto no despreciable de los casos, pasa por negar tal carácter transitorio. Si bien es cierto que el Código penal no exige la declaración de un estado de inimputabilidad con vocación de permanencia, sino solo su constatación en un momento concreto, parece indiscutible que, en muchas ocasiones, tal constatación pasa por el reconocimiento de un “estado general de inimputabilidad”; algo particularmente sencillo de ver en relación al art. 20.1ª (exención por anomalía o alteración psíquica; exceptuando la referencia al trastorno mental transitorio y teniendo en cuenta que, ciertamente, buena parte de los trastornos psíquicos pueden cursar por brotes) y 3ª CP (por alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia). En el caso del art. 20.2ª CP (intoxicación plena y síndrome de abstinencia) la situación es más discutible. En el supuesto del síndrome de abstinencia parece claro que el requerimiento de “dependencia” conlleva la necesidad de una cierta estabilidad y perdurabilidad. No sucede así, en cambio, en el caso de la plena intoxicación, supuesto más problemático, pues aquí el paso del sujeto perfectamente

des Strafrechts”, p. 493; y CASTILLO ARA, A., *Normbefolgungsunfähigkeit*, p. 166. A modo de ejemplo, incurre en esta asociación de inimputabilidad-estatus MAÑALICH RAFFO, J. P., “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, *InDret*, n.º 1, 2013, pp. 9 y ss., cuando considera que son causas de inculpabilidad “aquellas reglas de exclusión de la imputación relativas al posible estatus del destinatario de la norma como persona tenida por incapaz de motivarse suficientemente con arreglo a la norma”. De forma sorprendentemente clara se pronuncia también MOORE, M. S., *California Law Review*, p. 1098, para quien la minoría de edad, la intoxicación y la enfermedad mental constituyen disculpas por estatus (*status excuses*) “porque se centran en el estatus general del acusado y no en su estado mental en el momento en que actuó”. Con todo, seguramente los autores (especialmente, el primero de ellos) podrían precisar que su referencia al estatus no es una de corte estático, sino más bien dinámico y, en consecuencia, variable en atención a los distintos momentos en que este sea contemplado. Con otras palabras: un estatus no tiene por qué ser inmutable y puede, de hecho, ser enormemente flexible e inestable. Precisión que, casi con seguridad, suscribiría cualquiera que hiciera referencia a la inimputabilidad en parecidos términos. Sin embargo, quizás sea cierto que el peligro de estas posiciones no radica tanto en lo que *quieren* decir, como en lo que *parecen* decir. Por ello, resultan especialmente problemáticas aquellas concepciones como las de DENNET, D., *Condiciones de la cualidad de persona*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1989, *passim*, que hablan, en términos genéricos, de la “cualidad de persona”. Ello con independencia de que sea este un concepto “inevitavelmente normativo” (p. 35) y que no se corresponda con (ni suponga la negación de) la cualidad de “ser humano”. Se trataría de distintas capas, cada una de ellas con un diverso conjunto de derechos y deberes. Es quizás razonable distinguir entre esos diferentes estratos, pero los peligros de la mera denominación de unos como “personas” y, *sensu contrario*, de otros como “no-personas” deben ser tomados en consideración.

⁷⁴⁸ Así la define la imputabilidad REYES ECHANDÍA, A., *Imputabilidad*, p. 6.

imputable al sujeto absolutamente inimputable puede tener lugar en apenas minutos y el recorrido inverso en tan solo algunas horas.

Esta importante crítica obliga a articular una segunda vía para aclarar el efecto estigmatizador que tiene la declaración de inimputabilidad. Con ella se complementa la primera vía (aquella que se basa en que la inimputabilidad no tiene siempre carácter transitorio) y se explica también la estigmatización generada para los supuestos en los que la inimputabilidad es claramente dinámica (especialmente: los casos de trastorno mental transitorio e intoxicación). La idea ahora es que la estigmatización tampoco es, claro está, una variable dicotómica y admite una importante variabilidad en su intensidad y en su duración. Dicho con otras palabras, aunque en condiciones normales cualquier sujeto prefiere la imputabilidad a la inimputabilidad, a nadie le resultaría indiferente de qué concreta forma de inimputabilidad se trate, pues hay algunas que pueden resultar preferibles a otras. Por otra parte, es importante resaltar que el estigma lo sufre el sujeto concreto, pero no se le atribuye a él en tanto que persona, sino que se atribuye a la anomalía que presenta y sufre. Por eso la estigmatización la sufren el loco, el incapaz o el drogodependiente, como categorías generales, y simplemente se transfiere al sujeto concreto que puede ser calificado como tal. Ello puede explicar, en alguna medida, la escasa estigmatización de quien ocasionalmente se encuentra en estado de intoxicación plena. En primer lugar, no se considera socialmente la peor de las condiciones posibles del inimputable y, sobre todo, deja rápidamente de acompañar al sujeto en cuestión por lo que la relación entre este y el “estado estigmatizador” decae con prontitud (lo que resulta perfectamente extrapolable igualmente al trastorno mental transitorio contemplado en el art. 20.1ª CP); algo que lo único que tiene de particular es la celeridad del proceso, pues igual sucede con el sujeto que se recupera de un grave trastorno mental o que supera su dependencia a determinadas sustancias.

En definitiva, teniendo en cuenta estos importantes matices y a modo de conclusión del presente epígrafe, la concepción normativa de la culpabilidad hoy dominante aboca a la caracterización del inimputable como “otro”. Esta diferenciación no es neutral y conlleva numerosas consecuencias perjudiciales (no solo jurídicas) para el sujeto que es así calificado. Aunque en ocasiones haya buenos motivos para ampliar el ámbito de la inimputabilidad, hemos de ser conscientes de que cuanto mayor sea este, menor será el de la “normalidad”. Consecuentemente, un concepto de inimputabilidad excesivamente

amplio (que atienda, por ejemplo, a factores propios de la personalidad del sujeto, como la mayor o menor empatía) implica un concepto de normalidad demasiado estrecho y conduce a una sociedad totalitaria que confunde lo que significa ser “persona” con lo que entiende por “buena persona”. De este modo, la patologización de la maldad conlleva su exclusión de la normalidad y la conformación de un nuevo modelo de ciudadano: el ciudadano bueno. Una sociedad mínimamente liberal debería asumir que sus miembros no siempre somos “buenos” y que el hecho de no serlo no nos debe excluir de tal membresía. Una sociedad plural admite diversas formas de ser (no distintas formas de ser en la bondad, sino distintas formas de ser, a secas). Limitar la pluralidad empuja a la uniformidad y la uniformidad a una visión totalitaria de la sociedad. Que este totalitarismo se disfrace de bondad y amor por el progreso es solo una cuestión de forma, no de fondo⁷⁴⁹.

V. ¿Existe el imputable peligroso?

Llegados a este punto, es necesario precisar algunas cuestiones adicionales. En las páginas anteriores se han defendido esencialmente dos ideas. La primera, que no es posible ni deseable una individualización extrema a la hora de establecer la imputabilidad de un concreto sujeto. La segunda, que ampliar en exceso el ámbito de la inimputabilidad reduce en demasía el ámbito de lo que puede ser considerado normal. A continuación, nos proponemos enriquecer esas dos ideas con consideraciones al hilo de un debate en el que buena parte de la doctrina apenas ha reparado. Este no es otro que el de la complicación existente a la hora de definir a una misma persona como imputable y peligrosa.

La descripción más clara del problema ha sido ofrecida por PEÑARANDA RAMOS al mantener que difícilmente se podrá tratar a un mismo sujeto como peligroso e imputable si definimos al último como “alguien de quien el ordenamiento espera y exige un comportamiento adecuado a Derecho”, es decir, si lo caracterizamos como alguien de

⁷⁴⁹ Quizás en este contexto merecería la pena traer a colación las palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Cuadernos para el diálogo*, p. 49, indirectamente relacionadas con el tema que ahora nos ocupa, cuando señala que “todo lo que de odioso parece poseer el término retribución lo tiene de fascinante la palabra prevención. Su hechizo hace olvidar a veces que la idea de prevención es portadora de una dialéctica que, al menos tendencialmente, conduce a situaciones incompatibles con la justicia y la seguridad jurídica, y que la adecuación al fin de la prevención llevada hasta sus últimas consecuencias provocaría la paralización del progreso, cuyo desarrollo el Derecho ciertamente debe controlar, pero en ningún caso yugular”.

quien, a diferencia del sujeto peligroso, se espera un cierto respeto al ordenamiento⁷⁵⁰. La definición de imputabilidad se remitiría así, como se propone también en este trabajo, al concepto de “normalidad” y el sujeto peligroso sería, precisamente, alguien distinto. El contenido de la definición de imputabilidad parecería contener, entre otros factores, el hecho de no ser peligroso, de manera que atribuir ambas propiedades a un mismo sujeto sería ilógico y poco respetuoso dogmáticamente. Nos encontraríamos así ante una contradicción entre las definiciones de “imputable” (sujeto sobre quien cabe sostener una expectativa normativa de observancia al Derecho) e “individuo peligroso” (sujeto de quien no cabe predicar una expectativa de ese tipo).

Este postulado es, sin embargo, muy minoritario en la doctrina española y extranjera. De hecho, con carácter muy general se asume, sin mayores consideraciones, que un sujeto puede ser simultáneamente ambas cosas y que ello representa un problema y un reto para el Derecho penal, pues la pena se vuelve insuficiente y debe ser complementada para satisfacer la función que le es propia. Sin embargo, se pueden identificar otros autores que pertenecen a la que se podría denominar como “corriente de la *contradictio in terminis*” (o, si se prefiere, *contradictio in adjecto*)⁷⁵¹. Así, en la doctrina española CANCIO MELIÁ ha sostenido que “no es, por tanto, que desde la perspectiva aquí adoptada no se quiera reconocer el problema de los sujetos culpables peligrosos, de la ausencia de un pronóstico sin reincidencia, sino que se afirma que el Derecho penal presenta una barrera definicional que le impide catalogar de este modo a determinados sujetos si al mismo tiempo afirma su carácter responsable”⁷⁵². SILVA SÁNCHEZ, por su parte y con una especial resonancia en la discusión, resume esta problemática (sin compartir, bien es cierto, las soluciones de los autores anteriormente citados) al señalar la paradoja en que se incurre al calificar de “medidas de seguridad” a las “medidas de seguridad complementarias a la pena”. Tal problemática es, en opinión del autor, “la de cómo

⁷⁵⁰ PEÑARANDA RAMOS, E., “La pena: nociones generales”, p. 286.

⁷⁵¹ En un sentido próximo, emplea una denominación de esta clase (*contradictio in terminis*) OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, p. 150, precisamente para condensar la idea básica de aquellos que consideran inadecuado imponer medidas de seguridad a sujetos imputables.

⁷⁵² CANCIO MELIÁ, M., “¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, pp. 148 y ss. Y añade: “[d]icho desde la perspectiva del Derecho en su conjunto: claro que para su efectividad, para su vigencia real, es necesario cierto ‘apoyo cognitivo’ —de lo contrario, no sería más que un orden posible, un sistema normativo postulado, no un Derecho real—. Pero ésta es una condición previa, extrasistemática y global (un presupuesto) —referida a la vigencia del ordenamiento en su conjunto— del ordenamiento jurídico (penal), no un análisis individual interno de ese ordenamiento, a determinar autor por autor”.

compatibilizar, con respecto a un mismo sujeto, la afirmación de su racionalidad, que se manifiesta en la imposición de la pena, y su simultánea negación, que se manifiesta en la imposición de la medida. La pena dice: no esperábamos esto de ti; la medida dice: sí lo esperábamos”⁷⁵³.

En un sentido próximo, CARUSO FONTÁN ha indicado que “no resulta admisible que el Derecho penal considere a un sujeto plenamente responsable y, en virtud de ello, le reproche la realización de un hecho delictivo, y al mismo tiempo entienda que está condicionado por la existencia de una tendencia, y que esta circunstancia permita habilitar una intervención totalmente desproporcionada con el hecho enjuiciado, esto es, el legislador debe decidir si el sujeto es plenamente responsable de sus actos o si, por el contrario, concurre algún factor que determine una disminución de la culpabilidad. Lo que es inadmisibles, en todo caso, es recurrir a una convivencia artificial entre la culpabilidad y la peligrosidad y utilizar esa construcción teórica en contra del reo”⁷⁵⁴. En una línea parecida, URRUELA MORA ha defendido que “[l]a solución a la cuestión de la reincidencia en relación con determinados sectores de criminalidad no debería pasar por la configuración de una medida de seguridad privativa de libertad que supone un verdadero fraude de etiquetas (...), sino por la aceptación de la incidencia que, sobre la imputabilidad, ostentan los trastornos de la personalidad (...) En este sentido, una parte importante de los sujetos autores de delitos contra la libertad sexual y los asesinos en serie presentan trastornos graves de la personalidad que justificarían su conceptualización como inimputables o semiimputables”⁷⁵⁵. Y, de manera parecida, BONSIGNORE FOUQUET ha alertado también de lo paradójica que resulta la calificación de alguien simultáneamente como peligroso e imputable, pues esta supone “caracterizar al sujeto a la vez como suficientemente diferente del resto de la población como para ser definido

⁷⁵³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, *InDret*, n.º 2, 2010, p. 2. Añade el autor citado, y es algo de capital importancia para próximos capítulos, “pero si el sujeto eludiera la custodia de seguridad y volviera a cometer un delito, seguiríamos diciendo: no lo esperábamos de ti. Así, el sistema de la doble vía en sentido estricto (sin vicariedad) encierra un germen de contradicción que es preciso resolver (y que no se da en las medidas de seguridad para inimputables, ni tampoco en las previstas para semiimputables con un sistema vicarial)”. A las consideraciones del autor en este punto se adhiere también MARTÍNEZ GARAY, L., “La relación entre culpabilidad y peligrosidad”, pp. 135 y ss.

⁷⁵⁴ CARUSO FONTÁN, M. V., *El delincuente imputable peligroso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 184.

⁷⁵⁵ URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada, 2009, pp. 255 y ss.

en términos de amenaza para la misma, pero sin llegar a implicar un grado de diferencia tal como para desactivar la respuesta penal a través de una disminución de la imputabilidad”⁷⁵⁶.

También RODRÍGUEZ HORCAJO ha expuesto con un marcado tono crítico y con algunos puntos de contacto con los argumentos de los anteriores autores, que, cuando se acumulan penas y medidas sobre un mismo sujeto responsable, “es indiferente ya el mensaje que emite cada una de las consecuencias jurídicas del delito porque lo único que preocupa es sacar de la circulación a los sujetos peligrosos. Sin embargo, esto se hace a costa de la finura del Derecho Penal, que tradicionalmente hablaba a la sociedad en dos lenguas (la del reproche al responsable y la de la pura prevención al no responsable) y que pasa ahora a dominar un único dialecto (el del castigo indiscriminado)”⁷⁵⁷.

Quizás cupiera incluir aquí también a quienes como KINDHÄUSER o MAÑALICH RAFFO consideran que el reproche conceptualmente no admite la persecución inmediata de otros fines, pues el reproche presupone el reconocimiento de su destinatario como comunicativamente autónomo (sujeto) y la búsqueda de otros fines degrada su estatus a un objeto para emitir mensajes con distintos destinatarios⁷⁵⁸.

No es esta, sin embargo, una corriente doctrinal exclusivamente española. Se pueden encontrar también autores en el mundo jurídico anglosajón que como MORSE han mantenido que “resulta completamente paradójico sostener que un depredador sexual violento es suficientemente responsable para merecer el estigma del castigo de la prisión penal, pero que ese mismo depredador no es lo suficientemente responsable para que le

⁷⁵⁶ BONSIGNORE FOUQUET, D., “La imagen legal del delincuente imputable peligroso: reflexiones a través de la libertad vigilada”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 42 y ss.

⁷⁵⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “La custodia de seguridad: ¿retorno al pasado o ‘regreso al futuro’?”, en DÍAZ CORTES, L. M. y PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.): *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 398. De manera más reciente ha complementado su posición sosteniendo, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “Las medidas de seguridad”, p. 280, que la inclusión de la medida de seguridad de libertad vigilada “supone una absoluta novación de nuestro sistema de consecuencias jurídicas del delito, pues mezclando las penas y las medidas de seguridad, se mezclan las categorías de la culpabilidad y la peligrosidad, que hasta ahora eran mutuamente excluyentes (un sujeto podía ser culpable —imputable— o peligroso —inimputable/semiimputable—, pero no ambas cosas a la vez), con una evidente contradicción de fondo: se trata a los sujetos simultáneamente como si pudiesen responsabilizarse de su actuación (culpables) y como si no pudiesen (peligrosos)”. Alerta, en un sentido parecido, de la confusión de distintas categorías ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, pp. 223 y ss.

⁷⁵⁸ KINDHÄUSER, U., “La fidelidad al Derecho”, p. 114 y MAÑALICH RAFFO, J. P., “Pena y ciudadanía”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 126 y ss.

sea permitida, frente al internamiento civil forzoso, la libertad usual que incluso los agentes muy probablemente peligrosos, pero responsables, mantienen porque nuestra sociedad desea maximizar la libertad y dignidad de todos sus ciudadanos. Incluso aunque los estándares de responsabilidad de ambos sistemas no necesitaran ser simétricos, es difícil imaginar qué concepción adecuada de la justicia justificaría culpar y castigar a un agente demasiado irresponsable como para dejarlo en libertad. Nuestra sociedad debe decidir si los depredadores sexuales violentos son malos o están locos y actuar en consecuencia”⁷⁵⁹. También DUFF ha sostenido algo similar cuando ha defendido la idea de que “si el Estado trata a sus ciudadanos como agentes responsables que pueden ser guiados (y que pueden guiarse a sí mismos) por razones, debería evitar coaccionarlos con base en que es probable que cometan una infracción si no lo son, lo que supondría tratarlos como si no fueran guiados por razones que debieran disuadirlos de tales infracciones”⁷⁶⁰.

Igualmente, en el ámbito alemán se han defendido postulados parecidos por parte de FREUND, para quien en el tratamiento jurídico de los sujetos imputables peligrosos “existe el riesgo de contradicción interna. De un lado, se los hace plenamente responsables cuando cometen un delito (...) de otro lado, en la decisión en favor de la medida de seguridad se da por sentado que el programa de normas de conducta no puede obrar ya en absoluto un efecto suficientemente disuasorio del delito”⁷⁶¹. Algo que también

⁷⁵⁹ MORSE, S. J., “Fear of Danger, Flight from Culpability”, *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 4, n.º 1/2, 1998, pp. 258 y ss. Postura que ya avanzaba en MORSE, S. J., *Boston University Law Review* p. 136.

⁷⁶⁰ DUFF, R. A., *Answering for Crime*, pp. 104 y ss. Y, posteriormente, añade: “[e]sto es evidentemente más claro cuando las bases de tal pronóstico de infracción no incluyen una intención real de cometerla, o cuando la gente es diagnosticada como ‘peligrosa’ en atención a otros indicadores”. El germen de esa idea se encontraba ya en un trabajo suyo de algunos años antes (DUFF, R. A., *Punishment, Communication, and Community*) cuando de manera más tímida apuntaba que existía una suerte de vaivén por el que el Estado se dirigía al ciudadano de una forma u otra (como sujeto autónomo o como fuente de peligro que no atiende a razones) en función del momento, lo que sería de muy dudoso encaje en una visión política liberal (p. 78).

⁷⁶¹ FREUND, G., “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”, en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Ed.): *Delinquentes peligrosos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 35. La cita prosigue: “[a] la persona que actúa aparentemente con plena responsabilidad no se le da ya la oportunidad de, en su caso, pronunciarse voluntariamente en favor del derecho y en contra de lo injusto, sino que, al igual que al (parcialmente) no libre, se le mantiene a raya como ‘sujeto peligroso’. En ello radica un preocupante alejamiento respecto de la imagen del ser humano por parte del ciudadano racional y por ello libre” (pp. 35 y ss.). Con todo, FREUND considera que el anunciado “riesgo de contradicción interna” no necesariamente ha de materializarse. No obstante, la argumentación que para ello ofrece no resulta satisfactoria. Señala el autor alemán que “la infracción de la norma de conducta, en tanto que vulneración del derecho (desde la perspectiva del sistema jurídico), es *siempre* también (cursivas propias), en el fondo, una (inadvertida) autocontradicción de la persona y, por tanto, invariablemente consecuencia de un error”,

señalaba de otro modo, hace ya más de medio siglo, EISENBERG, cuando se oponía a la doble vía por entender que esta suponía partir de un sujeto que era libre y determinado a la vez⁷⁶². Y, por parte de la doctrina italiana, BETTIOL sostuvo pocos años antes, en un mismo sentido, que “el hombre libre y capaz no puede ser objeto de un juicio de peligrosidad porque no es un momento o una fuerza ciega de la naturaleza, sino un ser que se desempeña en el mundo de los valores, donde el cálculo de probabilidad no tiene derecho de ciudadanía”⁷⁶³.

La referencia a todos estos autores no debe hacernos perder de vista, como ya se ha dicho, que se trata de una tendencia doctrinal muy minoritaria. Sin embargo, parece difícil no sentir atracción por consideraciones que, hechas desde la más absoluta contra-intuición, resultan tan agudas y razonables. Estas tesis parecen compartir la idea de que, en algún sentido y en mayor o menor medida, la correcta definición de la imputabilidad conlleva excluir de la misma a los sujetos que merezcan la calificación de peligrosos. Los sujetos peligrosos serían aquellos que no generan las debidas expectativas de comportamiento y respecto de los que es difícil predicar “normalidad” a efectos normativos, pues ya no se proyectan sobre ellos expectativas de este tipo.

Sin embargo, el argumento no resulta aplicable únicamente a concepciones normativas de la culpabilidad. De hecho, es un argumento con un poder de convicción lógica bastante potente. Si apartamos un momento la mirada de la definición de la imputabilidad y atendemos a la de la peligrosidad podremos llegar a conclusiones parecidas para, por ejemplo, las concepciones de la culpabilidad sustentadas en el libre albedrío⁷⁶⁴. Y

dado que la existencia del ordenamiento beneficia a todos los sujetos (p. 36). Sostiene luego que, aunque el error descrito no pueda anular la responsabilidad del sujeto, este no es a todos los efectos desdeñable. Así, este “especial déficit de responsabilidad” podría servir para justificar la respuesta frente a determinados individuos peligrosos. Cómo algo que se da *siempre* (la “autocontradicción de la persona”) puede justificar *a veces* (no frente a todo sujeto, sino solo frente al peligroso) una respuesta penal específica es algo que permanece sin respuesta.

⁷⁶² EISENBERG, U., *Strafe und Freiheitsentziehende Massnahme*, Kriminalistik Verlag, Hamburgo, 1967, pp. 7 y ss.

⁷⁶³ BETTIOL, G., “I problemi di fondo delle misure di sicurezza”, en *Stato di Diritto e Misure di Sicurezza*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Padua, 1962, p. 17.

⁷⁶⁴ Concepciones que, si bien son minoritarias en la doctrina, aún perviven. A modo de ejemplo, ALONSO ÁLAMO, M., “Bases para una fundamentación material de la culpabilidad: libertad de la voluntad ‘en la brecha’ y neurociencias”, en BACIGALUPO SAGGESE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. y ECHANO BASALDUA, J. I., (Coords.): *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 3, apuesta por un “concepto material de culpabilidad basado en el libre albedrío entendido en sentido fuerte”. Así, siguiendo en buena medida a SEARLE, sostiene luego esta autora, “[l]a libertad de la voluntad emerge en la brecha o hueco entre

también, aunque probablemente en menor medida, para concepciones “normativas moderadas”. Si el sujeto peligroso, definido sumariamente, es aquel que tiene una propensión a delinquir, dicha propensión necesariamente ha de llevar a una merma de la libertad de elección. Cualquier propensión (sea de base neurológica, psicológica, social o estadística) no significa otra cosa que un menor margen de incertidumbre (de libertad). Y aquí la incertidumbre no se traduce más que en la posibilidad de hacer algo diferente. Dicho llanamente, si decimos que es más fácil que el sujeto X delinca es, lógicamente, porque consideramos que resulta más difícil que se contenga. Y si le resulta más difícil contenerse se debe a que es menos libre. O, afectando así a otras concepciones de la culpabilidad, el sujeto peligroso resulta, simplemente, menos motivable por la norma o tiene una más difícil accesibilidad a la norma⁷⁶⁵.

las causas en forma de creencias y deseos y los efectos en forma de acción” (p. 20). Seguramente no sea casual que, desde otra perspectiva, defendiera igualmente la relevancia (y existencia) del libre albedrío en el ámbito penal TORÍO LÓPEZ, A., “Imputabilidad general e individual”, pp. 1018 y ss. Quizás también, aunque se muestra más cauto en sus planteamientos y es en todo caso partidario de la compatibilidad entre determinismo y atribución de responsabilidad, quepa incluir aquí a SANZ MORÁN, A. J., “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, p. 153, para quien “diste de ser aceptado de manera unánime que el determinismo haya quedado científicamente demostrado”, hallándonos ahora al respecto en una situación de *non liquet*. Por ello, de lo que se trataría, en opinión del autor, es de “determinar cuál de los dos planteamientos —ambos indemostrables— goza de mayor plausibilidad. Y desde esta perspectiva existen argumentos que hablan a favor de entender al hombre como un ser desligado del puro acontecer causal”. URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, por su parte, tras sostener que el fundamento material de la culpabilidad tiene un componente mixto “empírico-normativo” (p. 54), defiende que en la actualidad “los nuevos desarrollos científicos producidos en el marco de la Física cuántica, como el caos, la complejidad, las estructuras disipativas, la noción de incertidumbre o la de irreversibilidad, permiten configurar un margen para la libertad humana en el contexto de las influencias biológicas, psicológicas y sociales que afectan al comportamiento individual. Ello no supone negar que la conducta se encuentre en gran medida condicionada por factores diversos, pero la cuestión clave radica en poner de manifiesto la existencia de un margen de incertidumbre y, por ende, de admisión de un cierto campo para el libre albedrío”. Libre albedrío que, en opinión del autor citado, habría sido además un presupuesto de la regulación legal de nuestro Código penal (p. 182). CASANUEVA SANZ, I., *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, pp. 17 y ss., defiende, por su parte, un “indeterminismo limitado”.

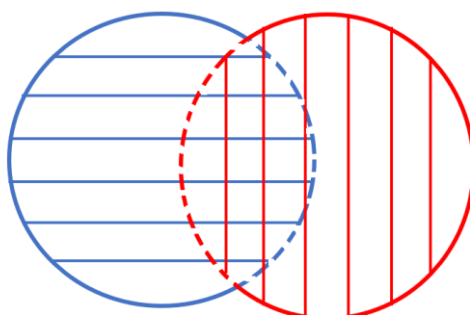
⁷⁶⁵ Es curioso que todas estas cuestiones hayan sido objeto de debate y estudio por parte de la Escuela Positiva italiana y que sean ahora simplemente ignoradas. En dicha corriente intelectual los juicios de peligrosidad y el rechazo al libre albedrío eran dos caras de una misma moneda. Parece que eran conscientes de la contradicción que suponía decir que alguien era libre y peligroso. Ello porque la peligrosidad no es más que la ausencia de libertad para escoger “lo correcto”. Una lectura crítica similar de la situación parece hacer BUSTOS RAMÍREZ, J. J., “Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la peligrosidad”, en Díez RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 5 y ss. Por su parte, y en una línea parecida, BONSIGNORE FOUQUET, D., *Revista de Derecho penal y Criminología*, p. 14, señala de manera precisa la forma en que “la idea de peligrosidad incide como una aporía irresoluble” sobre un aspecto central de la teoría jurídica como es el de la “agencia libre”. Así, apunta la

El conjunto de las consideraciones anteriores, pese a todo, parece friccionar ineludiblemente con lo que se ha sostenido unas páginas atrás. Hay que ser cautelosos cuando reducimos el ámbito de la imputabilidad en atención, eminentemente, a consideraciones acerca de la personalidad del sujeto en cuestión. Si excluimos al peligroso del concepto de “imputable”, en este último solo nos quedaría, *sensu contrario*, el “inocuo”, lo que podría conducir a una concepción del destinatario de la norma no como alguien que la entiende y valora en su proceso de decisión, sino como alguien que, además, muestra una cierta predisposición a su cumplimiento y es, en este sentido, “bueno”.

Sin embargo, como se podrá imaginar a la luz de las páginas precedentes, aquí no se mantiene eso. La fricción señalada podría ser meramente aparente. La clave para evitar el problema indicado residiría en entender que se puede (y se debe) incorporar perfectamente al sujeto peligroso en el concepto de “imputable”. En este sentido, para que ambos postulados fueran conciliables sería necesario explicitar algo que probablemente se halle implícito en lo que muchos de los autores de la “contradicción en los términos” sostienen, quizás, en ocasiones, de un modo algo impreciso. Lo cierto es que no es incompatible caracterizar a un sujeto de las dos formas (como imputable y como peligroso); lo que resulta inaceptable e inconsistente es *tratar* a un mismo sujeto de ambas maneras a la vez. La decisión a favor de un concreto régimen jurídico (que se dirige o bien a la dimensión racional, o bien a la dimensión de riesgo del sujeto) cerraría la puerta a la otra posibilidad. La contradicción, así, no residiría en los conceptos, sino en las *consecuencias* que de ellos se desprenden. Para explicarlo con la mayor claridad posible es preciso hacer una brevísima recopilación gráfica de las posturas al respecto que quizás podría contribuir a una mejor comprensión de la problemática.

contradicción teórica existente al “entender la acción de un individuo libre y autodeterminado al tiempo que se defiende una *tendencia* o inclinación delictiva”.

Figura 1: Doctrina mayoritaria

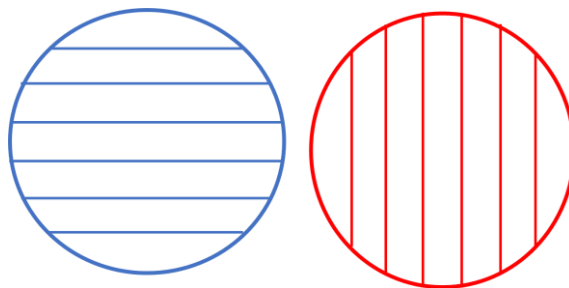


En esta figura el círculo azul representa el ámbito de la imputabilidad, el círculo rojo el ámbito de la peligrosidad y la distinta dirección de las rayas las diversas formas de privación de derechos. En principio, cabría decir que se corresponde con el sector doctrinal que en las páginas precedentes se ha denominado mayoritario. Existe, según esta representación, un ámbito en el que ambos conceptos se superponen y nos encontramos con un individuo que es simultáneamente responsable y peligroso. Esta forma de concebir las relaciones entre peligrosidad criminal e imputabilidad encaja especialmente bien (aunque no necesariamente tendría por qué ser así) con una concepción “tendencialmente empírica” de la peligrosidad, de manera que cómo configurásemos la categoría “imputabilidad” en nada afectaría al ámbito de la peligrosidad. De esta forma, las coincidencias serían posibles, pero casuales, es decir, no se deberían a ninguna forma de interrelación entre ambos conceptos. Por tanto, dado que ninguna de las dos definiciones implicaría a elementos contemplados en la otra la superposición sería perfectamente plausible. Primero se definiría/constataría la imputabilidad y luego se constataría la peligrosidad. Como resultado, un sujeto podría ser imputable pero no peligroso, peligroso pero no imputable, o imputable y peligroso.

Es preciso, en todo caso, señalar que esta forma de concebir el problema no implica un mero solapamiento conceptual, sino también (y especialmente) uno en términos de consecuencias jurídicas, pues a cada concepto habrían de seguir las suyas propias y ninguno serviría de límite para el otro. De este modo, como veremos que sucede con la doctrina minoritaria antes puesta de manifiesto, se confunden dos planos que no necesariamente han de ir de la mano: el del concepto y el de las consecuencias. De la misma forma en que lo hacía la corriente de la “contradicción en los términos”, esta

comprensión de las relaciones entre imputabilidad y peligrosidad declara expresamente algo en lo relativo a la cuestión conceptual (es perfectamente posible el solapamiento), pero oculta otras cosas en lo que al aspecto del tratamiento se refiere (también resulta este perfectamente acumulable). Así, expresado de forma lógica, se diría: dado que A es imputable y además peligroso, merece tanto el tratamiento asociado a la imputabilidad como el relativo a la peligrosidad. Sin embargo, esta forma de razonar no se encuentra ni mucho menos completa e incurre en un *non sequitur* (para que el argumento fuera correcto sería preciso partir de que la acumulación de consecuencias jurídicas no supone problema alguno). Pese a todo, es preciso reconocer el mérito (con seguridad no perseguido) de evitar que una estricta distinción conceptual conduzca a una definición perfeccionista de la imputabilidad.

Figura 2: Tesis de la “contradicción en los términos”



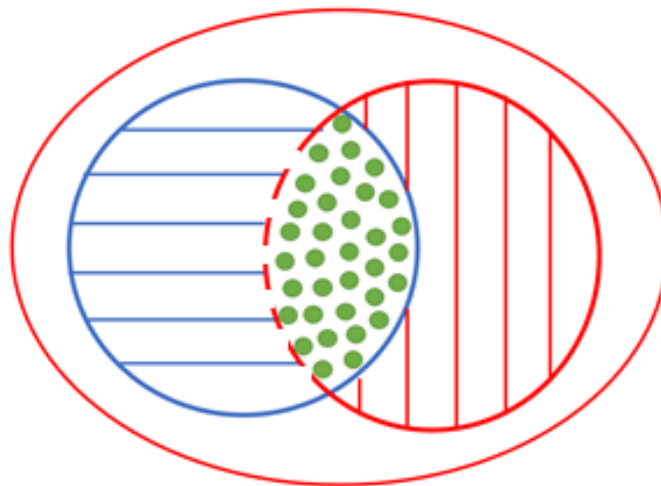
De nuevo aquí el color azul representa el ámbito de la imputabilidad y el rojo el de la peligrosidad y la distinta dirección de las rayas la diferente forma de tratamiento jurídico. Esta representación plasmaría de forma gráfica la postura (minoritaria) de los autores citados en páginas precedentes según la cual no es dado hablar de sujetos imputables y peligrosos porque lo que para uno de los conceptos es un elemento definicional de carácter positivo, para otro lo es de carácter negativo. No sería posible en el plano lógico, dada la definición normativa de la culpabilidad, predicar ambas características de un idéntico sujeto al mismo tiempo. Es más, dada la definición normativa extendida de la imputabilidad en algunos sectores (sujeto del que se debe esperar un comportamiento conforme a Derecho) ambos conceptos serían dos caras de una misma moneda: quien no sea imputable será peligroso y viceversa.

Si la visión mayoritaria (figura 1) tenía la ventaja de evitar un solapamiento conceptual de indeseables repercusiones y la desventaja de que permitía sin matiz alguno la acumulación de consecuencias jurídicas, en este caso sucede exactamente lo contrario.

La estricta delimitación conceptual comporta dificultades (por el concepto de “normalidad” que se encuentra ínsito en ella) y, sin embargo, constituye una interesante vía para cortar el “nudo gordiano” que supone la problemática de la acumulación irrestricta de las diferentes consecuencias jurídicas. Por ello, lo razonable sería tratar de encontrar el modo en que, sin acudir a una delimitación conceptual de esta clase, se pudieran alcanzar las implicaciones prácticas por ella pretendida.

En definitiva, la representación anterior (figura 2) es susceptible de mejora (una modificación que no tendría un mero carácter gráfico o didáctico, sino también algunas consecuencias relevantes en el marco de esta investigación). El planteamiento se podría expresar visualmente tal y como se indica a continuación.

Figura 3: Todo imputable es peligroso



Se mantiene aquí la correspondencia cromática (azul para la imputabilidad y rojo para la peligrosidad). El círculo rojo más extenso se corresponde con lo que aquí se denominará “peligrosidad presunta” y el de menor diámetro con la “peligrosidad constatada”. El hecho de que el perímetro del círculo relativo a la imputabilidad sea en todo momento continuo muestra que el límite impuesto por el principio de culpabilidad resulta infranqueable. El relleno de la zona de intersección (compuesto de puntos en lugar de rayas) expresa que la forma de privación de libertad que se desempeña en ese espacio no se corresponde exactamente (o no, al menos, de manera necesaria) con ninguna de las otras dos formas. Puede ser cualquiera de ellas (por separado) o una tercera vía que no resulte más gravosa de lo que supondría la restricción de derechos por medio de la pena.

Lo que representa esta figura es una idea de vital importancia en esta investigación: todo imputable es, en algún sentido, peligroso⁷⁶⁶.

Creemos que este entendimiento ofrece algunas aportaciones relevantes a la problemática que estamos tratando ahora mismo. Por un lado, aunque la figura 2 se consideraba preferible a la figura 1, lo cierto es que esta parecía conllevar (al descartar el eventual solapamiento entre ambos conceptos) un importante problema. Tal y como decíamos, la imputabilidad se definiría (al menos en parte) como no peligrosidad y, en consecuencia, el imputable sería, frente al peligroso, un ser inocuo. La normalidad pasaría a ser definida, entonces, como falta de potencial nocivo, dando como resultado un concepto restringido de normalidad con un carácter teñido de suavidad y falta de maldad/peligrosidad. Se generaría así un concepto de imputable que tendería a lo místico, a lo metafísico o a lo angelical más que a lo terrenal, algo problemático no solo (aunque también) por la falta de correspondencia con la realidad, sino especialmente por consideraciones de carácter valorativo. Además, esta forma de enfocar las relaciones entre peligrosidad e imputabilidad pasaría por alto que el propio ordenamiento parte de la peligrosidad del imputable, pues es esto lo que explica precisamente la existencia de una institución como la pena estatal. El sujeto imputable es el destinatario de la pena, fundirlo con el sujeto inocuo convertiría a la pena, por su propio concepto, en una herramienta inaplicable e inútil: la pena se dirigiría precisamente a quien no la “necesitase”. El imputable sería, para estas concepciones, “una cosa” y el peligroso “otra bien distinta”. Sin embargo, como reverso, dicha concepción tiene la importante ventaja de redimensionar el concepto de peligrosidad en términos más o menos normativos. Ya no importa que el sujeto sea “en verdad” peligroso, solo que no podrá *ser tratado como tal* en la medida en que sea también imputable.

En definitiva, los partidarios de la tesis de la contradicción acuden a la vía conceptual para salvar un problema de consecuencias jurídicas y, aunque llegan de forma muy limpia a la solución de lo segundo, generan algún problema en lo relativo a lo primero. En todo

⁷⁶⁶ El completo desarrollo y la suficiente explicación de esta representación necesitará una ampliación adicional que tendrá lugar más adelante (vid. *infra*, Capítulo VI, epígrafe VIII). Por ahora, se ofrecerá la información suficiente para poder apreciar los matices imprescindibles en este punto y sus diferencias con las otras dos figuras.

caso, el argumento, desde la perspectiva lógica, es, sin embargo, más coherente: dado que un mismo sujeto no puede ser las dos cosas a la vez, no debe ser tratado como si lo fuera.

Con carácter general, pese a todo, la manera de ver la relación entre imputabilidad y peligrosidad representada por esta tercera figura ofrece algunas ventajas. La principal es que parte de una concepción antropológica más fácilmente asumible: la de que todos los destinatarios de las normas (y no solo algunos) somos seres imperfectos y eventuales delincuentes⁷⁶⁷. Todo sujeto responsable es en algún grado peligroso (la propia existencia de la institución de la pena lo acredita). Corolario de ello, más aún si se comparte lo dicho páginas atrás acerca de cómo opera *de facto* la atribución de responsabilidad, es que el factor “peligrosidad presunta” no puede ser (por su ubicuidad) uno relevante de cara al juicio de responsabilidad. La “peligrosidad presunta” no es una anomalía, es la norma. Define lo que las personas somos y, por tanto, no puede emplearse para distinguir a unas de otras. De esta forma, lo cierto es que en un sentido puramente conceptual no cabría decir que el sujeto imputable sea aquel de quien no quepa esperar la comisión de delitos.

Más allá de todo esto, lo cierto es que esta forma de expresión gráfica de las relaciones entre imputabilidad y peligrosidad cristalizada en la figura 3 corre el riesgo de ser malinterpretada. Podría parecer que en ella se asume tácitamente que la peligrosidad, frente a lo mantenido en este trabajo, es un concepto puramente empírico, de forma que esta manera de contemplar el problema sería abiertamente contradictoria con lo expuesto

⁷⁶⁷ Una comprensión que, razonablemente, ha conseguido encontrar partidarios entre autores de muy distintas sensibilidades y orientaciones (político-)jurídicas. Así, se encuentran entre ellos, por ejemplo, VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, pp. 28 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., *Doxa*, p. 319; y, quizás de manera sorprendente, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 31, n.º 1, p. 7, cuando sostiene que “el delito no es patrimonio de los desheredados (...) todos somos delincuentes en potencia. Más aún, parafraseando las palabras evangélicas, me atrevería a decir que el que se halle libre de delito que tire la primera piedra. Hoy no se puede sostener que el delincuente es el otro, el antisocial, el inadaptado”. En un sentido similar quizás quepa interpretar también a SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 302, al señalar, refiriéndose a la tensión consustancial al Derecho penal entre prevención efectiva e intervención constreñida axiológicamente, que “todo ciudadano está interesado, en tanto víctima potencial, en un máximo de prevención, y en tanto autor potencial, en un máximo de garantías (o mínimo de intervención)”. De forma complementaria se había apuntado ya antes que “[s]ólo una visión del delincuente como ‘uno de nosotros’ y no como ‘uno de los otros’ permite salir de la estricta perspectiva proporcionalista (e indiferente) para observar el delito como fenómeno (también) comunitario” (p. 49). A esto cabría añadir, además, que como señala RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 220, la realidad es mucho más compleja, pues desde la perspectiva de la teoría de la pena ni siquiera es conceptualmente viable una distinción nítida entre “potenciales delincuentes” y “potenciales no delincuentes”, dado que “la pena puede no tener el mismo funcionamiento incluso frente al mismo sujeto en relación con todos los momentos de su vida o en relación con diversos delitos”.

en los capítulos relativos al estudio de la peligrosidad criminal que se han ofrecido en este trabajo. Ello sucedería de la siguiente manera: al sostener que la imputabilidad (normativa) no puede entrar en conflicto con la peligrosidad, porque en algún grado la presupone, se estaría defendiendo que la peligrosidad no es un elemento discriminador entre los distintos individuos, sino más bien un rasgo definitorio de estos. De ser un rasgo definitorio, tal cualidad no podría ser aprehendida por el método comparativo⁷⁶⁸. Frente a esta idea, en este trabajo se ha sostenido que el de peligrosidad es también un concepto normativo (una “construcción social”), de manera que no “hay” sujetos *de facto* peligrosos, sino que la cuestión se complica ligeramente. O, dicho, de forma más precisa: que, aunque los hubiera, de ello no se debería extraer ninguna consecuencia jurídica.

La contradicción apuntada es, en todo caso, más aparente que real. Estamos hablando ahora de peligrosidad en distintos sentidos: como presunción y como constatación. Ambos conceptos tendrían también un carácter normativo y no solo empírico (o, dicho de otro modo, se refieren a la “peligrosidad normativa”, no a la simple “peligrosidad empírica”). Por un lado, el ordenamiento jurídico-penal presupone la peligrosidad de (todos) los destinatarios de las normas⁷⁶⁹. Por otro, la efectiva concurrencia o no de tal peligrosidad se comprueba, tal y como se indicó en su momento, mediante el método comparativo. En caso de que tras la constatación se aprecie que el sujeto no presenta tal peligrosidad (o no sea posible acreditarlo con el grado de probabilidad que demande el estándar probatorio aplicable) ello tendría inevitables consecuencias penológicas. En este

⁷⁶⁸ Vid. supra, nota 356 y texto al que acompaña.

⁷⁶⁹ Es francamente posible que esta afirmación sea acogida con recelo. Sin embargo, no hay motivo alguno para ello. Alguien podría objetar que no es legítimo un ordenamiento que parte en la determinación de las *posibles* consecuencias jurídicas de la peligrosidad de los ciudadanos. No obstante, esta crítica estaría notoriamente desenfocada: lo problemático sería conceder relevancia a tal presunción en la *concreta* consecuencia, no en el marco abstracto de posibilidades que el legislador suministra al juez. Así, el legislador prevé que el sujeto concreto *pueda ser* peligroso dentro del marco penal que ofrece. Dicho de otro modo, un legislador previsor debe (pre)suponer distintos escenarios. Decir que el ordenamiento presume *en este punto* que todos somos peligrosos es lo mismo que decir que no presupone que nadie sea *especialmente* peligroso. Así, no habría motivos para que el ordenamiento buscara una respuesta concreta a la peligrosidad, pues esta no sería específica, sino generalizada. Es decir, se encontraría ya presupuesta en la configuración legal del sistema penal. En definitiva, si todos somos peligrosos, nadie es peligroso. Una presunción general de peligrosidad es, si se evita el contagio a la esfera procesal y se mantiene su vigencia en el exclusivo plano de la configuración de posibles respuestas legales, un equivalente a una presunción general de inocuidad. Lo verdaderamente importante es que dichas presunciones no rijan de manera diferente en atención a la identidad concreta del sujeto y, especialmente, que no se pretenda derivar de esta presunción vigente a la hora de configurar el ámbito de las consecuencias jurídico-penales posibles una presunción también de efectos procesales que haga cargar al acusado con la carga de la prueba de la (no)peligrosidad.

sentido, cuando la peligrosidad es representada de forma gráfica como la circunferencia más grande en la tercera figura lo que se hace es hablar de “peligrosidad posible”, no de peligrosidad constatada⁷⁷⁰.

Dicho esto, cabría preguntarse si en la representación de este planteamiento (figura 3) no se produce un solapamiento de ambos conceptos. La respuesta es sencilla: lógicamente sí. Sin embargo, tal y como se sugería antes, no está claro qué consecuencias deban derivarse de ello. En caso de concurrencia hay dos opciones: acumular consecuencias (lo que la figura 2 descarta ya en el plano conceptual, pero no así la 1 y la 3) o conceder primacía a uno de los dos conceptos, en el entendido de que hay buenos motivos para no proceder a la acumulación y considerar que uno de los conceptos quede disuelto en el otro⁷⁷¹. Esta última opción es la que presenta mayores posibilidades de éxito en la tercera representación. Dado que todo imputable es (potencialmente) peligroso, su peligrosidad ya se tiene en cuenta a la hora de determinar las consecuencias jurídicas del actuar responsable; algo, por otra parte, no demasiado original y que cuenta con un importante respaldo de nuestro sistema jurídico⁷⁷². Como ya hemos visto anteriormente, nuestro ordenamiento incorpora multitud de referencias a la peligrosidad del imputable a la hora de graduar la imposición o ejecución de las consecuencias jurídicas correspondientes. Cuando en un sujeto *no se evidencia* (frente a la presunción de que todo sujeto es peligroso) que *en su caso* existe riesgo de mayor nocividad, la pena y su ejecución se ven suavizadas, la finalidad preventivo-especial de la pena carece de sentido y cobran una importancia esencial las dimensiones sociales del castigo penal (prevención general positiva y negativa y “retribucionismo empírico”)⁷⁷³. Si la peligrosidad de un sujeto

⁷⁷⁰ Es cierto, entonces, que se está hablando de peligrosidad en un sentido diferente a aquel que se emplea en la segunda figura. Sin embargo, no parece que ello tenga necesariamente nada de malo. No se trata de algo así como una “trampa argumental” por la sencilla razón de que no se pretende aquí sostener la primacía lógica de una figura sobre otra (sí, en todo caso, de ambas sobre la primera), sino tan solo poner de manifiesto uno de los importantes problemas (casi se podría decir que de antropología jurídico-penal) al que podría enfrentarse una interpretación demasiado consecuente o restringida de la segunda figura. Así, se podría decir que toda la argumentación esgrimida al hilo de la tercera figura no es más que una matización de la segunda. Eso sí, permite poner gráficamente de relieve lo que en la “figura 2” se habría de dar por sentado.

⁷⁷¹ Sobre estas distintas posibilidades (acumulación frente a absorción, por decirlo de algún modo) se profundizará en mayor detalle más adelante. Vid. *infra*, Capítulo VI, epígrafe VIII.

⁷⁷² Vid. *supra*, Capítulo I, epígrafe II.

⁷⁷³ A este respecto, ya apuntábamos antes que se puede ir incluso un paso más allá. Sería posible que un sujeto fuera (subjektivamente) peligroso y que, sin embargo, no se pudiera predicar de él un (objetivo) riesgo relevante de comisión de delitos. En estos supuestos, y aún siendo peligroso el sujeto, tiene sentido renunciar, por innecesarios, a determinados aspectos del castigo inicialmente previsto.

responsable no puede, en principio, legítimamente agravar el castigo (pena) de este, pero su ausencia sí es capaz de reducirla es únicamente porque el ordenamiento, de una forma u otra, la presupone cuando establece la posible consecuencia a imponerle.

De este modo, si la figura 2 se interpreta rectamente, no quiere decir (y ello se desprendía ya de las palabras de algunos de los autores citados) que sea contradictorio definir simultáneamente a alguien como peligroso e imputable, sino que lo contradictorio es *tratar* a un mismo sujeto en atención a esas dos cualidades. La corrección gráfica a lo que implícitamente se halla en la figura 2 desvela que tras la aparente contradicción conceptual lo que se esconde es una “contradicción relativa a las consecuencias”. Un sujeto puede ser imputable y peligroso a la vez, pero no se le puede tratar de ambas formas simultáneamente⁷⁷⁴. Ello por la sencilla razón de que cada tratamiento jurídico apela a distintas dimensiones de un mismo sujeto que no pueden ser simplemente acumuladas. De la misma forma, alguien puede ser, por ejemplo, “General del Ejército del Aire” e “hijo” y, sin embargo, es sencillamente imposible tratar a la vez a este sujeto como ambas cosas. Es preciso optar por una u otra forma de tratamiento con todo lo que ello implica. No hay, dicho con otras palabras, un solapamiento conceptual en abstracto, pero sí en concreto; esto es, en su dimensión pragmática.

En definitiva, nos encontramos aquí ante algo que se precisará debidamente más adelante, pero de lo que conviene avanzar ya una parte⁷⁷⁵. Desde una perspectiva material resulta claro que penas y medidas de seguridad de corte inocular destinadas a imputables no se diferencian en cuanto a lo que representan ni en lo relativo a su función última (preventiva), sino únicamente, y tampoco siempre, en la manera en que la cumplen. No es cierto que el fundamento de las medidas de seguridad, en general, sea, como tantas veces se dice, la peligrosidad del autor. Probablemente ello suponga un error conceptual.

⁷⁷⁴ No sería adecuado tratar de evitar esta objeción por la vía de señalar que tal tratamiento distinto no se da en el mismo momento, sino en momentos diferenciados. Si bien es cierto que es perfectamente posible que la medida de seguridad se ejecute con posterioridad al cumplimiento de la pena y no de forma simultánea, el momento de ejecución no es el único trascendente en este ámbito. De hecho, el punto especialmente relevante es el de su imposición en la condena, pues es entonces cuando se efectúa la primera y más importante valoración del sujeto y sus actos y, si en ese momento se le considera plenamente responsable y se le impone tanto una pena como una medida de seguridad, se está emitiendo entonces un mensaje contradictorio (e ilegítimo) por parte del Estado que en ese mismo (y único) momento considera al sujeto legítimo merecedor de ambas privaciones de derechos simultáneamente.

⁷⁷⁵ Vid. *infra*, Capítulo V, epígrafe VI.

La peligrosidad es solo uno de los presupuestos habilitantes. El fundamento de una institución responde a la pregunta sobre el porqué de la misma. A la pregunta de por qué se impone una medida de seguridad a un sujeto peligroso sería tautológico responder “porque es peligroso” (o, lo que es lo mismo, “por su peligrosidad”). La respuesta más adecuada sería que lo hacemos porque la sociedad tiene el derecho (y/o deber) de protegerse, respetando determinados límites, de las amenazas más graves para sí misma⁷⁷⁶. Si se comparte lo dicho hasta aquí, parece obvio que las fronteras entre las penas y las medidas de seguridad inocuizadoras para sujetos imputables se difuminan mucho, hasta el punto de que se podría llegar a sostener que estamos hablando en ambos casos de lo mismo (o, al menos, de algo verdaderamente parecido). Si los fundamentos de ambas coinciden (como veremos que efectivamente sucede) y sus finalidades se solapan (al menos en la dimensión preventivo-especial y puede que también en la preventivo-general) la distinción resulta artificiosa.

Se podría, además, añadir una matización sobre el fundamento que a estos efectos no es irrelevante. Podría ser razonable sostener que el fundamento de la medida de seguridad se encuentra relacionado, en principio, con la protección de la sociedad frente al individuo (un individuo que, al menos tradicionalmente, será inimputable y con quien no cabrá, parece, un “diálogo nítido”), mientras que, en cambio, el fundamento de la pena estaría vinculado con que la sociedad se proteja de sí misma, de los sujetos que, en cierto plano, la componen. La diferencia esencial entre penas y medidas no sería otra, entonces, que la de quién es su destinatario. No tendría que ver con sus presupuestos ni fines. Lo que sucede es que, al tener destinatarios diferentes, la ejecución de la pena/medida debería adaptarse a estos y ello afecta necesariamente al cómo (no al cuándo ni al para qué, que coinciden) y a la razón justificatoria por la que ello se hace.

A esto se puede objetar que la pena tiene un componente de reproche del que la medida de seguridad, también las destinadas a sujetos responsables, carece. Y que ese componente de reproche responde a la culpabilidad del imputable. Sin embargo, tal reproche, aunque fuera parte del fundamento de las instituciones analizadas, se encontraría ligado a la diferencia existente entre los sujetos destinatarios de la pena/medida y no tanto a la “naturaleza” de la propia institución. Brevemente: no es que las penas reprochen y las medidas no lo hagan, es que a los imputables se les reprocha y

⁷⁷⁶ Vid. infra, Capítulo VI, epígrafe VIII.

a los inimputables no⁷⁷⁷. Aquel que fue considerado un “sujeto apto” para dialogar con el Estado “desafió” a este. Reaccionar frente a tal “desafío” comporta de algún modo (más o menos expreso) un reproche, una censura, demos a tal reacción una u otra etiqueta.

Todo esto se trae a colación porque al mantener al imputable dentro del concepto de peligrosidad se puede apreciar bien cómo la sociedad tiende a enfrentarse con peligros (procedentes de sujetos responsables o no). La manera en que lo hace se altera en atención a cuál sea el camino más idóneo para alcanzar el éxito y también, como es lógico, en atención a limitaciones de carácter axiológico que el Estado social y democrático de Derecho incluye progresivamente para frenar la actividad represora, preventiva, homogeneizadora, o como quiera llamarse del Estado o la sociedad.

En todo caso, el que no se compartan las consideraciones anteriores no implicará (como veremos en los próximos capítulos) que a un mismo sujeto se le pueda tratar como si fuera imputable y peligroso. Al final será necesario decidir qué trato se le quiere dispensar por parte del ordenamiento jurídico: si el propio del sujeto responsable o el adecuado al sujeto peligroso. Pero ello no obedecerá a cuestiones de delimitación conceptual respecto de uno y otro sujeto, sino a cuestiones asociadas a la concreción de las consecuencias jurídicas correspondientes. Si el argumento extraído de la diferenciación conceptual no convence, puede que sí lo haga el derivado del sentido de los límites propios de cada consecuencia jurídica. Baste por ahora con adelantar que, si la culpabilidad y la peligrosidad imponen límites a la restricción de derechos, dichos límites no pueden ser alterados porque un individuo sea al mismo tiempo culpable y peligroso. No se deberían poder combinar para dar como resultado un nuevo límite menos restrictivo. Ello atentaría, como se verá, contra el sentido de tales limitaciones⁷⁷⁸.

VI. Distintas formas de exclusión

Una vez expuestos los lineamientos generales de los límites éticos que se querían ofrecer aquí al concepto de imputabilidad conviene explicitar también una idea que hasta ahora se encontraba simplemente latente: el Derecho penal forma parte inherente del proceso social por el que se trata de ofrecer estabilidad y pervivencia a la comunidad. Pero, como

⁷⁷⁷ Sobre esta cuestión se profundizará con mayor detalle más adelante. Vid. *infra*, Capítulo VI, epígrafe VI.

⁷⁷⁸ Vid. *infra*, Capítulo VI, epígrafes VIII y IX.

es evidente, no es su único instrumento, tampoco es ni el más importante, ni el más invasivo. Para garantizar su estabilidad la sociedad persigue una alta dosis de homogeneidad y son varias las formas que tiene de hacerlo, pero se caracterizan todas por pretender suprimir las diferencias importantes (en un sentido más literal o metafórico, en función de lo “avanzada” que sea una sociedad). Dentro de este marco de socialización/exclusión, para entender correctamente la función del Derecho penal es necesario atender no solo a lo que hace, sino también a lo que no hace. En atención a una u otra cosa, nos encontramos ante una u otra forma de exclusión. Con carácter general, cuando el Derecho penal interviene y reprime, tiene lugar una poco sutil forma de exclusión, que no es más que una exclusión física mediante el encierro y la privación de otros derechos. Sin embargo, cuando el Derecho penal omite intervenir a causa de la inimputabilidad del “sujeto perturbador” ello no implica que no lo excluya. Simplemente lo hace de otra manera: dejando de considerar al sujeto en cuestión como un partícipe de la comunicación social. El sujeto inimputable pasa a ser considerado alguien cuyas acciones no expresan nada personal, pues no es él su auténtica causa, sino la fatalidad.

Así, no resulta extraño encontrar supuestos en los que un sujeto (frente al criterio de la Fiscalía o el Tribunal) quiere ser considerado imputable. Ese afán, lógicamente no persigue el castigo como objetivo, sino evitar la exclusión comunicativa. O, dicho de otra manera, persigue que el “mensaje” que el sujeto quiso transmitir con su delito sea percibido no como una locura o una casualidad, sino como una decisión razonada de su autor. Un caso particularmente sonado al respecto fue el de Anders Behring Breivik, que en el año 2011 asesinó a 77 personas en la isla noruega de Utoya. Durante el procedimiento, él mismo reivindicó su responsabilidad frente a lo que determinaban algunas pruebas periciales psiquiátricas⁷⁷⁹. El motivo, salvo que entendamos que se presentaba en él un masoquismo perverso y que perseguía la mera imposición de la pena y su ejecución, no podía ser otro que el de que sus hechos (y él mismo) fueran “tomados en serio”, aunque ello pudiera llegar a suponer un importante perjuicio inmediato. “Prefiero ser ahorcado como un hombre que absuelto como un loco” fue lo que Charles

⁷⁷⁹ Vid., para una narración más detallada del supuesto, TOBEÑA, A., *Neurología de la maldad. Mentes predatoras y perversas*, Plataforma, Barcelona, 2016, pp. 17 y ss.

Guiteau gritó al jurado durante su proceso por haber asesinado al presidente de los Estados Unidos James A. Garfield en 1881, condensando perfectamente esta idea⁷⁸⁰.

La resolución del conflicto que el delito supone implica siempre, en definitiva, una tensión esencial entre la exclusión física (prisión) y la exclusión comunicativa (inimputabilidad). Ninguna de ellas es deseable y, en principio, alguna de las dos es, sin embargo, necesaria. Pueden graduarse ambas por vía de la suspensión o sustitución de la pena, la imposición de penas alternativas y, quizás, mediante la semiinimputabilidad o responsabilidad mitigada. Pero sea de manera más o menos intensa, la comisión del delito aboca a una de las dos maneras de exclusión: la que aparta al culpable o la que “ignora” (aunque pueda remitirlo a otro sector jurídico o social) al inimputable.

Es obvio que, en algún sentido, la declaración de responsabilidad de un sujeto implica algo positivo para aquel de quien es predicada. Para ello nos serviremos de un interesantísimo ejemplo empleado por JAKOBS para explicar una de sus ideas en materia de libre albedrío. Pese a su extensión (y parcial descontextualización, pues lo emplea, más bien, para justificar su desdén por la idea de libre albedrío frente a la de “competencia”), creemos que merece la pena transcribirlo completamente.

“En varios países que tienen fronteras comunes, los habitantes de las zonas fronterizas suelen llevar a cabo de vez en cuando saqueos en alguno de los países vecinos, produciendo allí un daño mayor que el botín que llevan a casa, hecho que le es indiferente a los saqueadores, ya que el daño es soportado por extraños. Los monarcas soberanos de estos países, con ocasión de un encuentro entre ellos, llegan al acuerdo de impedir esas fechorías en el futuro, y convienen, como garantía de la promesa, en pagarse mutuamente una multa del doble del daño producido en caso de que a pesar de todo se lleven a cabo saqueos. La situación mejora radicalmente a consecuencia de las inmediatas medidas de los monarcas: en el siguiente encuentro solo hay pocas multas que pagar. Uno de los monarcas, sin embargo, se niega absolutamente a pagar: aduce que, a pesar de haber hecho inmensos esfuerzos, no ha conseguido suficientes medios para poder crear suficientes fuerzas de policía; por ello, argumenta, le ha sido imposible mantener bajo control a los habitantes de sus zonas fronterizas. Los demás le creen y deciden, dada la incapacidad de su primo para administrar con efectividad su país —a causa de su debilidad financiera—, dividirlo entre ellos y tratarlo como provincia. Ante esa posibilidad, el monarca finalmente paga. El filósofo de la Corte considera que es injusto tener que pagar por un comportamiento que no fue libre, y que es indigno obedecer a tal

⁷⁸⁰ FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?*, p. 140.

requerimiento de pago, pero el monarca contesta que su libertad de autoadministrarse va por delante de tales consideraciones”⁷⁸¹.

En la experiencia personal de cualquier sujeto se encuentran distintos momentos en los que queremos ser o bien disculpados, o bien culpabilizados. Frecuentemente la madurez conlleva, no de forma casual, una mayor tendencia a la responsabilización. Llegados a determinado punto de madurez rechazamos disculpas que consideramos improcedentes (aunque nos libren de una censura inmediata) y podemos, incluso, llegar a considerarlas ofensivas. No está claro qué forma de exclusión es más gravosa. Lo que sí que es evidente es que en determinados casos de anomalías sensoriales, cognitivas o volitivas profundas la exclusión física de la prisión carece de sentido y la exclusión simbólica no es percibida como un daño por el sujeto inimputable (y tampoco, dada su justificación, por la comunidad), por lo que, en esos supuestos, esta última resulta preferible.

VII. Breve apunte sobre el fundamento material de la culpabilidad

Como ya se dijo, estas páginas no tienen por objeto contribuir al estudio del fundamento material de la culpabilidad. Esta cuestión ha sido muy (y, en nuestra opinión, muy bien) tratada en nuestra dogmática. Sin embargo, puede tener sentido intentar aclarar las posibles vías de conexión entre lo que sí se ha expuesto hasta aquí (cómo atribuimos responsabilidad) y lo que se ha tratado en otros lugares (cómo debemos atribuirla)⁷⁸². A lo largo de las páginas anteriores se ha dejado traslucir la idea (en unas ocasiones de forma más expresa que en otras) de que, aunque para el sistema normativo la realidad de las cosas no es por sí sola determinante lo que sí que hace es demarcar un terreno de juego. Solo a corto plazo puede vivir el ordenamiento jurídico de espaldas a la realidad (aunque aquí por “realidad” no nos referimos solo a “realidad empírica”, sino también a “realidad social”).

⁷⁸¹ JAKOBS, G., *Fundamentos del Derecho penal*, pp. 68 y ss.

⁷⁸² Todo esto pasando por alto que, como creemos haber demostrado, la atribución de responsabilidad opera siempre desde criterios normativos (aunque a veces no sea sencillo percibirlos) que, de manera más o menos correcta según los casos, se remiten a un concepto (muy) básico y poco articulado de legitimidad. En definitiva, ya hay, inevitablemente, algo dicho acerca de la forma de la que debería operar la responsabilidad en la propia forma en que, sencillamente, lo hace.

La cuestión verdaderamente importante para el ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad es la de cómo debemos atribuirla⁷⁸³. Ahora bien, para dar respuesta a esa cuestión de manera que no se convierta en una mera proclama sin consecuencias prácticas (y el Derecho, por norma general, no tiene por función las proclamas, sino la incidencia en las relaciones sociales) es necesario determinar con carácter previo el marco de lo posible. Solo entre lo posible, decíamos, cabe lo debido.

Siendo esto así, y resumiendo, quizás excesivamente, la postura expuesta en las páginas anteriores, cabe describir la forma de operar de la atribución de la imputabilidad del siguiente modo: estimamos responsable a quien, tras un proceso en el que comparamos las propiedades que creemos relevantes, consideramos como uno de nosotros. Es en este marco, el de la comparación, en el que hemos de tratar de buscar la legitimación (el fundamento material) de la imputabilidad. En este sentido, se debe resaltar especialmente el fácil encaje que tendría en este ámbito una posición que, en la doctrina española, cada vez cuenta con más adeptos. Esto es, aquella postura que ve en el principio constitucional de igualdad el fundamento (al menos en parte) de tal actividad⁷⁸⁴. La idea en este punto

⁷⁸³ Tiene, sin duda, razón MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal*, p. 161, cuando señala que “el elemento normativo que resulta de comparar el proceso de motivación del autor con el del hombre medio puede permitir catalogarlo como anormal, insuficiente o diferente, pero no explica por qué esa diferencia conlleva la exención de responsabilidad”. Para que se entienda debidamente, y si no llevamos a cabo una mala interpretación, la autora citada no dice aquí que la diferencia no explique *de facto* por qué eximimos, sino algo más importante: que ello no suministra por sí mismo ninguna razón lícita.

⁷⁸⁴ Posiblemente se pueda encontrar en TORÍO LÓPEZ, A., “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 38, 1985, pp. 287 y ss., un anticipo de estas ideas cuando sostuvo que “la antijuridicidad se halla animada por el criterio axiológico de que ha de tratarse lo igual como igual”, mientras que “la culpabilidad (...) es el ámbito en que penetra en el concepto del delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual”. Ideas que, más tarde, reiteró (TORÍO LÓPEZ, A., “Imputabilidad general e individual”, p. 1022). En todo caso, dicho postulado ha tenido una amplia acogida por parte del resto de la doctrina: así, se adhiere expresamente a este SANZ MORÁN, A. J., “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, p. 156. A partir de ahí, con matices propios de cada autor (y reconociéndole mayor o menor peso a la idea), sostienen postulados en este punto similares MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 85 y ss., que quizás haya sido quien de manera más perfilada trazara un paralelismo entre el fundamento material de la culpabilidad y el concreto concepto de imputabilidad (asociado a la normalidad motivacional); PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, p. 108; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad*, pp. 239 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, p. 389; SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, p. 169; y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 339 y ss. También SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 417 y ss., 467, 662 y 665, concede un relevante papel a la igualdad en el seno del principio de culpabilidad, aunque como este último resulta, en opinión del autor, de una síntesis de diversas finalidades preventivas y garantísticas (dentro de las que la igualdad sería tan solo una de ellas) cabría apuntar que ocupa una posición no tan señalada. La concepción más extensamente desarrollada de la idea de igualdad como fundamento, en concreto, de la imputabilidad se puede encontrar en MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, pp. 390 y ss. Cabría incluir en este sector

es sencilla: la imputabilidad (o la culpabilidad, cuando el planteamiento es más genérico) sirve para precisar la justicia del castigo y no castigar del mismo modo a personas que no son iguales.

Desde esta perspectiva, tal y como condensa y expresa con claridad PÉREZ MANZANO, la categoría dogmática de la antijuridicidad se remitiría a la igualdad formal “en la medida en que su afirmación implica la declaración de la contrariedad general de la conducta respecto de la norma, independientemente del autor; en consecuencia, implica la plasmación de un tratamiento igual ante la ley”; mientras la culpabilidad (y la imputabilidad con ella) haría referencia a la igualdad material, que supone “considerar las diferencias subjetivas personales de los posibles autores penales para, en correspondencia, ofrecer un trato diferenciado que se considera, por ello mismo, más justo”⁷⁸⁵. No solo es razonable, sino además deseable que el ordenamiento jurídico configure los deberes (en sede de antijuridicidad y, quizás, también de exigibilidad) con carácter general. El principio de igualdad se manifiesta aquí en que los deberes legales son los mismos para todos, con independencia de las especificidades de cada concreto ciudadano. Sin embargo, una presunción *prima facie* de igualdad es absolutamente descabellada (injusta) si no se complementa con una vía de posible refutación de tal igualdad. Este es el papel que para varios autores está llamado a desempeñar el concepto de culpabilidad (e imputabilidad). Podría decirse, tratando de reconducir algunas explicaciones algo heterogéneas que se han dado a esta cuestión, que mientras el concepto de imputabilidad trata de corregir la igualdad formal en aras de una mayor igualdad material atendiendo al sujeto concreto, las causas de exculpación persiguen lo mismo,

incluso a HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 57, aunque con importantes matices. Este autor ha sostenido que “[p]osibilitar la imputación subjetiva, fundamentar la responsabilidad, diferenciar grados de participación interna, no son tareas que el derecho penal cumple por un interés puramente académico. Su misión es la de fundamentar y medir una consecuencia jurídicopenal que pueda ser calificada como justa. Conforme al mandato constitucional de igualdad, esta consecuencia jurídicopenal solo será justa cuando trate desigualmente lo que es desigual”. Aunque lo cierto es que asocia este principio inmediatamente con la idea de proporcionalidad.

⁷⁸⁵ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, p. 108. Más adelante matiza la autora, en todo caso, que la igualdad material no constituye por sí misma el fundamento material de la culpabilidad, sino, únicamente, uno de sus pilares. Así, “[c]omo punto de partida para solucionar la cuestión del fundamento material de la culpabilidad hay que contar con las tres notas definitorias de la culpabilidad: sus caracteres valorativo, individualizador y su necesaria idoneidad para ser constatada en un proceso penal” (p. 109).

pero atendiendo no al sujeto, sino a sus circunstancias (y a los motivos que en ese contexto suministra para explicar su conducta)⁷⁸⁶.

En nuestra opinión, solo esta fundamentación material y aquella de componente comunitarista (o “procedimental-democrático”, si se prefiere), que busca la base para el reproche en el rol de ciudadano del sujeto y en su participación en la formación de las leyes, responden en verdad a la pregunta que se plantean⁷⁸⁷. Los defensores de la primera

⁷⁸⁶ Nos parece adecuado, en lo que a este punto se refiere, optar por una propuesta como la de MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal*, p. 338, que ubica en el centro del debate las razones por las que el sujeto en concreto prioriza en un momento dado sus intereses propios frente a los ajenos. Así, el principio de igualdad material tendría una clara repercusión en el ámbito de la imputabilidad, pero cuando hablásemos de las causas de exculpación su relevancia se vería fuertemente diluida. En este último punto, lo esencial serán, pues, las razones (en su caso) legítimas que el sujeto implicado en la situación de conflicto pueda suministrar (vid. también, pp. 282 y ss., de la citada autora). Con claridad señala que “[e]l fundamento de la exención de pena en la exculpación estriba en la comprensión de la conducta del sujeto asentada en el valor del motivo que encarna, es decir, en el reconocimiento de que en ese contexto una acción tal es adecuada. La estructura común de las causas de exculpación relaciona un contexto concreto con una determinada actuación, ambos reflejo de los valores subyacentes que explican la renuncia a la pena” (p. 351). De manera similar, VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable*, pp. 122 y ss., apunta que lo especial de la exculpación frente a la exclusión de la antijuridicidad residiría en que en la primera se reconocería un espacio para la valoración personal del conflicto, frente a la segunda, en la que solo cabría una valoración impersonal de este. De esta forma, la preferencia por los intereses propios (cuando es legítima) ocuparía un lugar especial en la fundamentación de la culpabilidad.

⁷⁸⁷ Este último conjunto de posturas tiene en común que vincula la legitimidad de la atribución de la culpabilidad a la legitimidad del propio ordenamiento jurídico. En palabras de GÜNTHER, K., *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 4, “un ordenamiento jurídico ilegítimo no puede hacer a nadie culpable”. Posteriormente, asocian la legitimidad del ordenamiento a su carácter democrático (KINDHÄUSER, U., “Retribución de culpabilidad y pena”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 165 y ss. y MAÑALICH RAFFO, J. P., “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, pp. 206 y ss.). De este modo, un factor clave de estas construcciones lo supone el que en un Estado democrático el sujeto destinatario de la norma sea, a su vez, autor de esta (GÜNTHER, K., *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 105). Y es que, para GÜNTHER, en definitiva, la persona, en tanto que autora de las normas, tiene la posibilidad de participar su proceso de formación adoptando, llegado el caso, posicionamientos críticos (pp. 245 y ss.). En este punto, resulta irrelevante que el sujeto con capacidad para hacerlo haya ejercido o no efectivamente el papel crítico con la conformación de la norma o incluso que lo haya hecho y no haya salido victorioso (p. 249). El fundamento de la obligación de cada ciudadano de obedecer las normas jurídicas no reside más que en el igual derecho que todos tienen a ejercer su capacidad crítica en el marco de un proceso institucionalizado en su elaboración y no, por el contrario, en que efectivamente se desempeñe tal actividad, el concreto modo en que se haga o el resultado que se obtenga (p. 251). Así, la capacidad de tomar posicionamiento crítico frente a las acciones y manifestaciones de otros en el discurso público emerge como el “criterio general” de capacidad de imputación de la persona en Derecho (*Rechtsperson*) (p. 255). Y es que, finalmente, “el concepto de culpabilidad trata de la autocomprensión de los ciudadanos (*Staatsbürger*) como personas en Derecho (*Rechtspersonen*) libres e iguales” (p. 258). KINDHÄUSER, U., “Retribución de culpabilidad y pena”, p. 166, por su parte, termina de manera parecida por definir la culpabilidad material como “un déficit de la suficiente fidelidad al derecho” que “tiene su fundamento justificado en que aquel a quien se le reconoce la posibilidad de tomar posición crítica acerca de las coordinaciones de intereses reguladas mediante normas ha de procurar imponer sus intereses en el discurso, en vez de recurrir a la violencia para ello”. Esta misma idea la condensa de manera parecida MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación*

explican por qué se castiga al sujeto responsable y no a quien no se considera responsable amparándose en una decisión normativa previa (constitucional) de fuerte calado axiológico: el principio de igualdad, del que se deriva tal diferencia de trato. Los partidarios de la segunda opinan que es la atribución de un rol específico al sujeto (el de miembro de la comunidad y co-formador de los deberes) el que hace que no pueda sustraerse de los deberes penales salvo en circunstancias excepcionales (lo que constituye una base para el reproche). Ambas concepciones suministran una razón asumible (y también, por cierto, compatible) para el Estado democrático que explica por qué castigar al culpable y por qué no hacerlo con el inimputable o el exculpado.

Consideramos que otras perspectivas que han tratado de abordar la cuestión se han quedado en el plano de las (más o menos sofisticadas) peticiones de principio. Las posiciones basadas en el libre albedrío suelen contentarse con considerar que es legítimo castigar al sujeto libre porque podía haber actuado de otra forma (es decir, que es lícito castigar al sujeto libre porque es libre) sin profundizar en por qué el sujeto libre se encuentra en la obligación de comportarse según lo “debido”; o, dicho de otra forma, sin

penal, p. 318, cuando afirma que “[l]a atribución de responsabilidad penal a un sujeto por la realización de una conducta antijurídica, por la infracción de una norma jurídico-penal, se asienta en el vínculo que el propio autor tiene con la norma infringida en cuanto en su rol de ciudadano colegislador pudo apoyar las razones de la norma y, en todo caso, como tal puede, si quiere, manifestar sus reservas a la norma”. Esta autora sintetiza perfectamente todas estas ideas al defender después que “[l]a noción central de la culpabilidad penal en el sistema jurídico propio de un Estado democrático reside en el concepto de persona deliberativa. Bajo tal nomenclatura no se esconde más que la referencia a la competencia comunicativa de un sujeto, proyectada tanto en su faceta de ciudadano responsable de la producción de normas como en la de persona en Derecho responsable de su cumplimiento. El contenido de la mencionada competencia se sintetiza en la capacidad de toma de postura crítica, que reúne la aptitud para atender y examinar conforme a razones las acciones propias y ajenas y la disposición a alterar los propios planes de conducta en función del resultado del examen, en ambos casos con el reverso de la asunción de responsabilidad por las propias manifestaciones o acciones como garantía de las pretensiones de validez que esas exteriorizaciones implican” (p. 319). Un muy buen resumen algo más detallado de lo que estas “concepciones discursivas de la culpabilidad” tienen en común se puede encontrar en KINDHÄUSER, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 180. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad*, podría ser incluida en este grupo de autores, aunque con alguna importante matización. Así, en su construcción (como en el resto) desempeña un papel esencial la idea de autonormatividad, pero lo hace de un modo distinto. Mientras los demás autores tratan la idea de autonormatividad en el sentido de hacer *propias* (autovinculantes) para el sujeto incumplidor las normas estatales, esta última lo hace en el sentido diverso de que el Estado ha de reconocer fuentes de obligaciones propias del individuo (*ajenas* al Derecho estatal) que puedan entrar en conflicto con el ordenamiento y ameritar algún reconocimiento jurídico (pp. 195 y ss.). Como ha señalado FEJOO SÁNCHEZ, B., *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, p. 111, “[e]l gran acierto de las teorías discursivas ha sido airear la dimensión política del principio de culpabilidad”, aunque quepa objetarles quizás que “acaban exagerando” esta dimensión.

explicar por qué el sujeto libre se halla vinculado por tal deber⁷⁸⁸. Otras concepciones, surgidas especialmente como contraposición a las corrientes libero-arbitristas, pretenden fundamentar el castigo del responsable en la mera necesidad; o, con otras palabras, como es necesario castigar al sujeto responsable, lo hacemos. La justificación llega entonces, en el mejor de los casos, de la idea de que la atribución de responsabilidad aporta utilidad social en forma de orden, seguridad, derechos o felicidad.

En el marco de un Estado social y democrático de Derecho solo una fundamentación que, como la procedimentalista, se remonte a sus propios fundamentos o, como la sustentada en el principio de igualdad, parta de sus propias bases puede dar respuesta a la pregunta planteada. Cualquier otra, o bien es incorrecta, o bien, lo que sucede con más frecuencia, es insuficiente.

Adicionalmente, en relación tanto con la forma que tiene de operar la atribución de responsabilidad como con los fundamentos que determinan la concreta manera en que puede legítimamente hacerlo encaja también una tercera pieza que ya ha sido apuntada páginas atrás y que, creemos, puede aquilatar en buena medida ambas concepciones.

⁷⁸⁸ Particularmente clara en este punto ha sido MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 188, cuando ha sostenido que “fundamentar la culpabilidad y la imputabilidad en la libertad no es, aún, dar una respuesta con contenido a la pregunta de cuándo hay culpabilidad. El recurso a la libertad sólo desplaza el problema, hasta que no se especifiquen los criterios con los cuales identificar cuándo hay libertad y cuándo no”. Algo que llega a producir que “con el recurso a la libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad no se está resolviendo, sino ocultando el problema” (p. 189). Es esta una idea inevitablemente entronca con lo que más adelante señala esta misma autora: “en materia de culpabilidad se debe poner el acento en lo que el Estado está legitimado para exigir, más que en lo que el ciudadano puede o no hacer” (p. 389). En idéntica línea, ha defendido SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, p. 37, que “[e]l recurso a la libertad esconde las razones que articulamos para conceder a determinados condicionantes el valor de eximentes o atenuantes”. Alerta también en similar sentido sobre la insuficiencia del libre albedrío como criterio legitimador para el Derecho penal STRENG, F., *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989, p. 280. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Prólogo”, p. xvii, ha precisado acertadamente, en la misma línea que los autores anteriormente citados, que “la constatación de la existencia de libertad actual en el agente no parece suficiente para dirigirle una atribución de responsabilidad que se asocia a un ‘reproche merecido’. ¿Por qué habría que derivar del mero hecho de que el sujeto *podría haber obrado* de modo conforme a Derecho la legitimidad de un juicio de reproche por no haber obrado así? Parece, por tanto, que la libertad es una condición necesaria de la atribución de responsabilidad —entendida como reproche—, pero no suficiente. Una condición adicional ha de venir dada por el establecimiento de algún *vínculo* entre el sujeto y el ordenamiento jurídico, del que derive el *deber de someterse a él*”. De forma más general, pero, creemos, perfectamente aplicable a este punto, ha sostenido PÉREZ MANZANO, M., *InDret*, pp. 9 y ss., que “la fundamentación legítima del Derecho penal no es una cuestión que pueda resolverse solo con datos científicos; en este ámbito del análisis valorativo de los fines del Derecho penal, cumplen una función especial los argumentos aportados por el marco valorativo de la propia Constitución española”.

Hablamos ahora del “componente relacional” de la responsabilidad⁷⁸⁹. Como ya se indicó, DUFF señala, con acierto, que la atribución de responsabilidad implica siempre un sujeto (individual o colectivo) ante el que se responde⁷⁹⁰. Por tanto, un enunciado que dé completa cuenta de la atribución de la responsabilidad no se limita a sostener que “A es responsable por X”, sino que manifiesta que “A, por su rol B, es responsable por X ante C”⁷⁹¹. Si no hay ante quién responder (aunque, en ocasiones, como en determinadas formas de responsabilidad moral, se trate de uno mismo) no hay propiamente responsabilidad. En el ámbito alemán, complementa HADDENBROCK esta idea cuando señala que “solo hay tres posibles interlocutores en una relación de diálogo espiritual de este tipo y tres modos básicos de responsabilidad: en primer lugar, el diálogo de respuesta con los iguales (*Mitmenschen*) del que puede ser representativa la responsabilidad ante el Juez (responsabilidad social). En segundo lugar, está el diálogo de respuesta con Dios como uno mismo en la oración (la responsabilidad religiosa). En tercer lugar, la relación de diálogo de la gente consigo misma (la auto-responsabilidad)”⁷⁹². En un sentido muy próximo, sostenía SCHMIDHÄUSER, como elemento esencial para delimitar la culpabilidad ética, moral y penal, el criterio de la instancia ante la que se responde. De este modo, existirían distintas instancias frente a las que responder en atención a la diversa clase de responsabilidad: la propia conciencia (en la culpabilidad ética), la sociedad (en la culpabilidad moral) y los tribunales estatales (en la culpabilidad jurídica)⁷⁹³.

Esta clase de planteamientos tienen como importante ganancia el poner de manifiesto la manera en que, (también) en lo relativo a la culpabilidad, el Derecho penal material se ve mezclado con el Derecho procesal. Así, y como ha señalado SCHORK, una separación tajante de estos sectores del ordenamiento no permite dar cuenta adecuadamente de algunas cuestiones relevantes. De este modo, “sin declaración de culpabilidad no es posible ningún reproche de culpabilidad”. Así, prosigue esta autora, la culpabilidad material sería un presupuesto para el reproche de la culpabilidad, pero no el reproche mismo, que se impondría a través de la declaración de culpabilidad

⁷⁸⁹ MAÑALICH RAFFO, J. P., “Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal”, en MARAVER GÓMEZ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coords.): *La culpabilidad*, BdeF, 2019, pp. 203 y ss., se refiere, por su parte, a “la ontología relacional de la culpabilidad”, pero, en el punto que ahora nos importa, su planteamiento es equivalente al que aquí defendemos.

⁷⁹⁰ DUFF, R. A., *Answering for Crime*, pp. 25 y ss.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 36.

⁷⁹² HADDENBROCK, S., *Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit)*, Walter de Gruyter, Berlín, 1992, p. 61.

⁷⁹³ SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Mohr, Tübinga, 1984, p. 190.

como acto comunicativo⁷⁹⁴. Dicho de otro modo, el reproche no va ínsito en la culpabilidad, sino que se manifiesta en la declaración estatal de esta. El marco del proceso sería precisamente aquel en el que el individuo juzgado pudiera ofrecer las razones de la exculpación⁷⁹⁵. En palabras de HAFT, la culpabilidad sería algo que es fabricado en el proceso mediante el diálogo entre el autor y quienes pretenden culparlo y no una mera “realidad” predicable del autor⁷⁹⁶. Nos encontraríamos, en definitiva, en un espacio de diálogo en el que el acusado “responde” frente al tribunal por el hecho que le es atribuido⁷⁹⁷. Esta forma de enmarcar el debate tendría, a su vez, un

⁷⁹⁴ SCHORK, S., *Angesprochen schuldig. Dogmatische und metadogmatische Untersuchungen zum Schuldspruch*, Peter Lang, Frankfurt, 2005, p. 118. De manera parecida: FRÍAS CABALLERO, J., *Imputabilidad penal*, pp. 40 y ss. Apuesta también por la “superación de una frontera precisa entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal” para aclarar estas cuestiones HAFT, F., *Der Schulddialog*, p. 105.

⁷⁹⁵ Una caracterización tal del proceso penal se acompaña bien, además, a la evolución experimentada por el concepto (¿sustantivo?) de culpabilidad experimentada en las últimas décadas. Así, si el componente estrictamente psicológico se ve desplazado como criterio rector de la atribución de culpabilidad, las razones (orientadas a juicios de valor socialmente compartidos) que un sujeto suministre pueden suponer los argumentos centrales para la exculpación. MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal*, p. 302, condensa lo que ahora planteamos cuando sostiene que “si una de las propiedades, por no decir ‘la propiedad’, de esta praxis democrática es el diálogo, el intercambio de razones y argumentos, la determinación de la responsabilidad y la formulación de las reglas que concretan sus elementos devendría inaceptable si no se ofreciera al autor la oportunidad de aportar sus razones, someterlas a las críticas y aceptar, en su caso, el rechazo de las mismas. Las normas son fruto de nuestra autocomprensión como sujetos capaces de tomar posición crítica —asentada en razones— frente a las manifestaciones y acciones propias y ajenas, en otras palabras, de defender argumentativamente las pretensiones de validez que incorporan y corregir nuestra postura en función de las razones aducidas por los demás”. No deja de ser llamativo que, como señala con especial acierto esta autora, “[I]a idea de que el autor explique su hecho encuentra un aliado perfecto, por paradójico que pueda parecer, en el cuestionado elemento de las teorías normativas de la culpabilidad del ‘reproche’ (...) el reproche no tiene que ser identificado necesariamente con un ejercicio de superior poder, del mismo modo que la exculpación no resulta del ejercicio de magnanimidad, sino que encaja con una aplicación democrática del *ius puniendi*. El reproche presupone al menos dos intervinientes, digamos que un sujeto pasivo al que se dirige y un sujeto activo que lo formula. La relación entre ambos puede entenderse como un diálogo, de modo que el reproche aparece como el resultado de la contienda argumentativa, como la respuesta de un interlocutor a otro por lo que ha hecho” (pp. 303 y ss.). Asocia de manera parecida la idea de reproche a “las razones que poseía el sujeto para realizar la conducta antijurídica”, MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad*, p. 611. Esto también se ha apreciado en el entorno anglosajón. VON HIRSCH, A. y JAREBORG, N., “Provocation and Culpability”, en SHOEMAN, F. (Ed.): *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, por ejemplo, señalan que el estado psíquico de la persona no será lo único que pueda conducir a la exculpación (p. 248), sino que las razones por las que actúa el autor pueden ser igualmente importantes (p. 255).

⁷⁹⁶ HAFT, F., *Der Schulddialog*, p. 8.

⁷⁹⁷ *Ibíd.*, p. 11. Ello tendría sencillo acomodo especialmente en quien, como el autor citado, entienda que la culpabilidad es algo que “no puede ser comprendido en abstracto, sino únicamente comprendido en concreto”. Idea que se desarrolla en la explicación de que “quien impone un reproche a la culpabilidad carece de una medida abstracta con la que poder medir el comportamiento del autor. La medida se desprende más bien de un diálogo en el que se comparan y discuten experiencias de culpabilidad (*Schulderfahrungen*) propias y ajenas. Dado que se carece de una medida preestablecida, la legitimidad del reproche de la culpabilidad solo se puede encontrar finalmente en el consenso de los participantes” (p. 28). El concepto de culpabilidad sería, entonces, un “concepto variable” que se vería

importante efecto positivo: el reconocimiento del acusado como un interlocutor válido y no como un mero objeto del proceso⁷⁹⁸. El proceso es, pues, el contexto práctico en el que se desarrolla y perfecciona el fundamento teórico de la culpabilidad⁷⁹⁹. No tienen dos objetos distintos, sino un mismo objeto analizado desde dos diferentes perspectivas.

Esta idea de “respuesta”, por otra parte, impregna de forma notable los conceptos de los que nos servimos para dar cuenta de este fenómeno social de asignación de responsabilidad. Así, tanto *answerability* como *responsibility* en inglés tienen una clara conexión etimológica con la posibilidad de dar respuesta o contestación. Del mismo modo, *Verantwortlichkeit* en alemán tiene un similar origen⁸⁰⁰. Es este un patrón que se repite con el término “responsabilidad” que, procedente del latín (*respondere*), se remite a la capacidad de dar respuesta. Las respuestas, parece claro, requieren un sujeto al que se ofrecen como contestación a una pregunta. Por ello, parece difícil sustraerse a la idea de que la responsabilidad, desde su origen, ha requerido un interlocutor. Asimismo, la comunicación entre interlocutores ha requerido un proceso de comunicación y, finalmente, un proceso de comunicación altamente formalizado probablemente haya conducido a un proceso penal.

En una sociedad democrática no es fácil escindir quién responde de por qué responde ni ante quién responde, pues los tres elementos deben estar inspirados en un mismo principio rector: la igualdad (presupuesto y producto de la democracia). Deben responder los

alterado a lo largo del diálogo que tuviera lugar en el proceso en el que se dirimiera la declaración de culpabilidad (p. 30).

⁷⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 41 y ss. En este contexto encajaría bien una concepción de la imputabilidad (por lo demás discutible) como la defendida por QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, p. 134, según la cual esta no sería más que “la capacidad para el proceso, capacidad que se traduce en la aptitud para comprender que ese acto público es la manera que la sociedad tiene para enfrentar a una persona con sus actos, si se prueba que los ha cometido, y para dar explicaciones de ellos ante ciudadanos iguales entre sí”. No obstante, esta no es la única opción posible (ni, tampoco, la mejor). La equiparación entre imputabilidad y capacidad procesal no es un camino plausible (sobre ello, *vid. supra*, Capítulo III, epígrafe VI).

⁷⁹⁹ WÜRTEMBERGER, T., “Der schuldige Mensch”, p. 51, se ha mostrado razonablemente crítico con algunos de estos postulados al entender que el significado del diálogo acerca de la culpabilidad del autor sería malinterpretado si este fuera visto como una ocasión para el acuerdo razonado entre juez y acusado. Estos dos sujetos, en palabras del autor citado, “no son solo miembros de una comunidad jurídica, sino que se encuentran también bajo el dominio de todas las leyes vigentes”. De esta forma, el espacio para el “diálogo” sería mucho menor del que otros autores parecen sugerir. El juez desempeñaría, desde este planteamiento, una función más “pedagógica” que “negociadora”. Seguramente sea de la conciliación entre la posición de WÜRTEMBERGER y la de HAFT de donde se pueda extraer el modelo más razonable para la regulación de un proceso penal en el marco del Estado social y democrático de Derecho.

⁸⁰⁰ HADDENBROCK, S., *Soziale oder forensische Schuldfähigkeit*, p. 60.

iguales por lo que legítimamente los vincula en condiciones de igualdad ante sus iguales (ante la sociedad). Estos tres elementos deben contar con legitimidad suficiente para poder hablar a su vez de una atribución adecuada de responsabilidad penal. Es necesario saber a qué nos referimos cuando decimos que alguien es igual, qué es necesario para que las normas nos vinculen legítimamente y ante quién estamos respondiendo exactamente de nuestras infracciones. Aunque el primer y el tercer elemento se entremezclan, parece plausible, al menos en el plano conceptual, establecer una cesura entre ellos. De este modo vemos de qué manera la legitimación completa de la atribución de responsabilidad presupone el análisis de perspectivas que, en buena medida, se solapan, pero que claramente se complementan.

Al primer elemento (quién responde) está llamado a dar respuesta el fundamento material de la culpabilidad sustentado en el principio de igualdad (limitado por la manera en la que, a través del proceso de comparación, esta operación se lleva a cabo). Al segundo elemento (por qué se responde) se debe contestar desde el fundamento material de la culpabilidad de inspiración comunitaria, procedimental-deliberativa. Finalmente, el último elemento (ante quién se responde) debe estar influido por los dos fundamentos anteriores y delimitado por el “componente relacional” de la responsabilidad⁸⁰¹. Una fundamentación material de la culpabilidad que sea completa deberá tener en cuenta, en nuestra opinión, todas estas consideraciones.

VIII. Consecuencias del concepto de imputabilidad aquí defendido para los sujetos peligrosos

Posiblemente sean necesarias algunas palabras más para proceder a una suerte de armonización entre la primera y la segunda parte de este trabajo (esto es, entre los capítulos vinculados a la peligrosidad criminal y aquellos en los que se desarrolla en concepto de imputabilidad defendido). A primera vista se podría apreciar una aparente desconexión entre ambas. Creemos, como se intentará demostrar, que se trata de una mera apariencia y que hay un hilo conductor que recorre ambas cuestiones.

⁸⁰¹ De hecho, creemos posible sostener que, en verdad, solo respondemos ante nosotros mismos. Cuando respondemos legítimamente ante otros es porque nos hemos situado (nosotros mismos) en el deber de hacerlo. Responder ante otros (cuando es legítimo) es una forma indirecta de responder ante nosotros mismos. Las concepciones procedimentales-deliberativas del fundamento material de la culpabilidad aportan, seguramente, algo de luz en este sentido.

Al hablar de la peligrosidad criminal sostuvimos acerca de dicho concepto, entre otras cosas, que el mismo solo podía ser fruto de la comparación y que en su concreta configuración no podía prescindir de juicios normativos, algo que, en atención a las páginas anteriores, seguramente ahora suene más familiar⁸⁰². La atribución de imputabilidad (como la de peligrosidad) tiene lugar siempre a través de la comparación con otros sujetos y en consideración a una serie de factores que previamente se han reputado (en atención a criterios no solo científicos, sino también normativos) relevantes. Ambos conceptos (peligrosidad e imputabilidad) comparten una similar naturaleza y destacan por su proceso de reconocimiento y por el carácter imprescindiblemente normativo de su configuración.

Estos paralelismos no son casuales y no deben ser tratados como tales. La consideración de un sujeto como “peligroso” no es más que la comparación de un individuo concreto con el modelo de peligrosidad socialmente construido; de la misma manera, primero configuramos socialmente lo que es un “sujeto responsable” y después comparamos a cada individuo con el patrón predeterminado. De ello cabe destacar entonces que tanto la “peligrosidad” como la “imputabilidad” son construcciones sociales (más o menos constreñidas por nuestras limitaciones empíricas). De esta observación se derivarán importantes consecuencias que serán tratadas en los próximos capítulos. Por ahora, baste con adelantar la más importante de todas: si los conceptos de “imputabilidad” y “peligrosidad” son fruto de nuestras decisiones sociales y estas incluyen a su vez los límites tolerables de respuesta frente a ellos, no es posible que al sumar dichos conceptos se combinen también sus límites, originando uno nuevo menos restrictivo de la intervención permitida. Ello sería tanto como suponer que la suma de los dos conceptos da como resultado la desaparición de los límites de cada uno de ellos y la aparición, no se sabe bien cómo, de un nuevo límite más laxo para intervenir frente a un (también) nuevo sujeto. Todo ello, olvidando que precisamente la peligrosidad de un sujeto que legitima la intervención sobre él también la limita, de la misma manera que la responsabilidad permite la respuesta en forma de pena y acota también su extensión. El sujeto imputable y peligroso no es más que aquel en quien se acumulan dos límites de intervención. Pero entender la acumulación de limitaciones como el “poner una encima de la otra” es no comprender la función político-criminal y constitucional de tales

⁸⁰² Vid. *supra*, Capítulo II, epígrafe III.

limitaciones. Estas no se restringen, sino que ninguna de ellas, considerada aisladamente, puede ser rebasada. Es decir, “se ponen una junto a la otra”, sin que ninguna de ellas pueda ser excedida por separado.

VIII. Conclusiones parciales

Si en el capítulo anterior ofrecíamos una descripción del proceso de comparación por el que inevitablemente se efectúa el juicio de imputabilidad, en este hemos tratado de explicitar algunas de las consecuencias de este método y de perfilar algunas limitaciones axiológicas que generalmente no son tomadas en consideración.

Por un lado, hemos puesto de relieve que una individualización absoluta no es ni posible, ni deseable. Y ello, pese a que una muy instaurada idea de lo que se entiende por “tratar justamente” parece remitir a la mayor individualización posible. Por otro lado, se ha descrito la relación inversamente proporcional que existe entre la imputabilidad y la anormalidad. Por ello, aunque un saludable instinto humanista empuja siempre a reducir en la medida de lo posible la responsabilidad penal para eludir sus consecuencias, lo cierto es que la exclusión de responsabilidad no está libre de ellas. Y, en ocasiones, las repercusiones (sociales y jurídicas) de una declaración de inimputabilidad pueden ser tanto o más lesivas de lo que lo es una pena.

Adicionalmente, se han discutido planteamientos minoritarios, pero extraordinariamente interesantes, que cuestionan la posibilidad de que, en el plano normativo, un mismo sujeto pueda ser descrito como responsable y peligroso. Ello constituiría, en opinión de algunos autores, una contradicción en los términos. Aunque se han considerado valiosos tales argumentos, se ha preferido modificarlos en extremos no irrelevantes por resultar posiblemente perjudiciales para la configuración de un concepto amplio y diverso de la “normalidad”.

Finalmente, se han explicitado algunos planteamientos que permanecían hasta ahora latentes. En definitiva, la pena es una forma de exclusión, pero no la única ni necesariamente la más grave. Un sujeto concreto puede tener buenos (y razonables) motivos para preferir ser considerado responsable a ser declarado exento de responsabilidad criminal (y, lo que es más importante, el ordenamiento jurídico en su conjunto puede compartir esa misma preferencia). La toma de decisiones en este ámbito es extraordinariamente compleja y no se puede reducir a etiquetar la pena como lo “malo”

y su exención como lo “bueno”. Ello se corresponde con un enfoque excesivamente reduccionista que descuida otras importantes facetas del control social, algunas de las cuales solo entran en juego cuando la pena se declara improcedente.

CAPÍTULO V: Origen y concepto de las medidas de seguridad

I. Introducción

En los capítulos previos se han abordado dos bloques de cuestiones. El primero de estos bloques analizaba qué significa ser peligroso, cómo podemos saber si alguien lo es en verdad y cuáles son las restricciones normativas que han de acompañar a todo este proceso (vinculadas, en muy buena medida, a las consecuencias que se pretendan atribuir a tal concepto). Como resultado de este debate ofrecíamos una definición de peligrosidad criminal para el sujeto imputable que resultase normativamente asumible en el ordenamiento jurídico-penal. Por su parte, en el segundo de los bloques abordados en esta investigación se mostraban algunas estructuras básicas de la atribución de imputabilidad que contribuyen a comprender mejor qué significa ser responsable y cómo podemos saber si un determinado sujeto debe ser considerado efectivamente como tal. Esto nos ayudaba a cuestionar algunas perniciosas tendencias en las que incurre la doctrina de forma general (y de manera tácita o expresa) a la hora de valorar si un sujeto es o no imputable. Finalmente, se abordaba la cuestión de cómo ambas características (peligrosidad e imputabilidad) se podrían predicar de un mismo sujeto y se preparaba el terreno para estos dos últimos capítulos. Llega el momento, pues, de analizar, tal y como se prometía al comienzo, cuál es y cuál debería ser el tratamiento jurídico-penal de un sujeto que reúne simultáneamente esas dos características básicas: es un sujeto peligroso, pero también imputable; o, al menos, el momento de tratar de esbozar alguna pauta que pueda ofrecer algo más de claridad en la materia.

El hecho de que un sujeto cuente con ambas propiedades implica, como es de sobra sabido, un reto para el Estado de Derecho. Desde hace tiempo, no se discute que el tratamiento jurídico para el sujeto peligroso consiste, con carácter preferente, en la imposición de una medida de seguridad. Pero, precisamente porque las medidas de seguridad se diferencian (a nivel de garantías) de las penas en que las primeras se desligan del principio de culpabilidad y de los límites que este traza, la imposición de medidas de seguridad estaba originalmente prevista en el Código penal español solo para el inimputable y, en su caso, para el semiimputable. El criterio rector para acudir a una de las dos vías (penas o medidas) no era, entonces, la peligrosidad, sino la imputabilidad. Al autor responsable le correspondería la pena y al autor inimputable le correspondería, en caso de que fuera necesaria, la imposición de una medida de seguridad. Dicho de otra

forma, el presupuesto de la intervención penal era el delito y su forma de intervención la determinaba la existencia o inexistencia de imputabilidad matizada por la necesidad o no de la correspondiente pena y medida.

Este modelo —pues verdaderamente merece llamarse así dado que se trataba de una pauta general que permitía explicar con facilidad el régimen de las sanciones penales en nuestro ordenamiento jurídico— sufrió importantísimas modificaciones estructurales con la reforma de nuestro Código penal en el año 2010. Desde ese momento no es la existencia de responsabilidad lo que determina el régimen sancionador del autor del delito, aunque evidentemente lo condiciona en gran medida, sino que la peligrosidad criminal (o, mejor, “algunas formas de peligrosidad criminal”) inciden tanto como la responsabilidad en este régimen⁸⁰³. Se da satisfacción así (al menos en parte) a la exigencia de un sector de la doctrina de llevar hasta el final el denominado “sistema de doble vía”, esto es, la posibilidad de imponer a un mismo sujeto (al margen de los supuestos de semiimputabilidad) penas y medidas para responder simultáneamente a la idea liberal de merecimiento y a la defensiva/utilitaria de control de peligros⁸⁰⁴.

⁸⁰³ Nos referimos aquí a “algunas formas de peligrosidad” y no, con un carácter más general, a la “peligrosidad” porque, como es sabido, el Código penal español no contempla ahora medidas de seguridad postpena para cualquier sujeto imputable peligroso. Solo cuando estos cometen alguno de los delitos específicamente previstos por la ley a estos efectos puede ser obligatoria o potestativamente impuesta una medida de seguridad de esta clase.

⁸⁰⁴ Esta reivindicación venía siendo tradicional por el lado de una buena parte de la doctrina. Es cita habitual en este punto CEREZO MIR, J., *Diario La Ley*, p. 9, que consideraba que “[u]no de los mayores defectos del nuevo Código Penal, desde el punto de vista político-criminal, es la falta de previsión de medidas de seguridad postdelictuales para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave”. En todo caso, sobre el concepto de “doble vía”/“dualismo” es necesario hacer alguna precisión de carácter terminológico. Así, siguiendo a SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 41, el término dualismo “se utiliza en dos sentidos no coincidentes: como ‘doble vía’ de los medios del derecho penal en la lucha contra el delito (penas y medidas) y como una de sus formas de articulación. En este último sentido, el dualismo, en contraposición al sistema monista (pena o medida) o al vicarial (sustituibilidad entre una y otra), supone la imposición acumulativa de las dos sanciones. De manera paralela, con la expresión monismo se alude, por muchos autores, no sólo a los casos de previsión de una sola de las consecuencias jurídicas en juego (pena o medida), sino también a aquellos casos en los que, previéndose ambas, sólo cabe, de manera alternativa, imponer una en cada caso”. Apreciaciones similares al respecto se pueden encontrar en FIGUEIREDO DIAS, J., “Sobre el sistema ‘tendencialmente monista’”, p. 932. Creemos que uno de los orígenes de la dificultad terminológica a la que aquí nos enfrentamos se puede deber a una no del todo precisa labor de traducción. Así, de forma hasta donde se nos alcanza unánime, se ha traducido “*Zweispurigkeit*” (cuya traducción más literal sería probablemente la de “sistema de dos vías”) por “sistema de doble vía” (cuya traducción al alemán sería “*Doppelspurigkeit*”). Que las vías sean dos nada dice acerca de si son alternativas o cumulativas. En cambio, hablar de una vía “doble” parece sugerir la posible acumulación de ambas (no serían ya dos vías que corren en paralelo, sino una única vía que se ramifica después en dos diferentes alternativas). Probablemente hablar de *Doppelspurigkeit* tendría la ventaja de poner de manifiesto lo que ambas vías tienen en común al no

Por ser este el foco principal de problemas en la actualidad en lo que respecta al tratamiento jurídico-penal del sujeto imputable peligroso nos centraremos específicamente en él, aunque no sea este el único ámbito en el que la peligrosidad del sujeto responsable es tenida en cuenta⁸⁰⁵. Los motivos son varios. Para empezar, se trata de un debate sumamente vivo del que con reformas y proyectos participa indubitadamente con suma intensidad el legislador⁸⁰⁶. Por otra parte, muchos autores han puesto ya de relieve que esta opción legislativa resulta verdaderamente cuestionable desde la perspectiva de varios principios penales y constitucionales⁸⁰⁷. Además, partimos de la convicción de que este debate, tan vigente como antiguo, bebe también de un pasado no del todo bien interpretado y de una actualidad que, en aras de una mayor claridad conceptual (con un pretendido objetivo garantista), simplifica en exceso cuestiones extremadamente complejas.

Por todo ello, el objetivo de los dos próximos capítulos será analizar la institución jurídica de las medidas de seguridad, sus orígenes, sus presupuestos y sus eventuales diferencias con la pena para comprobar si, efectivamente, puede hoy imponerse de manera legítima a un sujeto peligroso e imputable un régimen sancionador “dual”. En este primer capítulo, en concreto, se pretende sentar las bases que posibiliten una discusión más precisa y fructífera en el posterior, en el que se estudiarán más detalladamente las limitaciones lógicas, político-criminales y constitucionales a las que se enfrenta el legislador; de manera que se tratará ahora de describir cuáles son las notas características del

desconectarlas desde un origen, pero seguramente la traducción criticada se halle ya tan asentada que no merezca la pena en verdad ponerla en cuestión.

⁸⁰⁵ Recordemos, como se apuntaba antes (vid. supra, Capítulo I, epígrafe II), que esta tiene también relevancia, por ejemplo, a la hora de determinar la concreta pena a imponer, su eventual suspensión, el régimen de cumplimiento, etc. Especial trascendencia cobra la peligrosidad criminal del sujeto peligroso en nuestro Derecho positivo en lo relativo a la suspensión de la prisión permanente revisable. De nuevo, no obstante, como sucede con la libertad vigilada, su imposición (y, consecuentemente, también su suspensión) no viene determinada solo por la peligrosidad del sujeto, sino especialmente por el delito que cometió; de modo que se trata de un ámbito de aplicación de la peligrosidad criminal como criterio de intervención penal todavía marginal (aunque de suma trascendencia).

⁸⁰⁶ El sistema de medidas de seguridad ha sufrido en el ordenamiento jurídico-penal español dos importantes reformas con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Entre ambas, distintos proyectos y anteproyectos contemplaban cambios todavía más profundos, por ejemplo: eliminando el límite máximo de internamiento propio de una medida de seguridad o apostando por la inclusión de la custodia de seguridad (finalmente descartada tras ser incluida en el Código penal la prisión permanente revisable). Con estas reformas se ha tratado de dar respuesta a las demandas de cierto sector de la doctrina que consideraba que la regulación de las medidas de seguridad del Código penal de 1995 mostraba numerosas carencias.

⁸⁰⁷ En especial, vid. infra, epígrafe V de este mismo Capítulo.

ordenamiento jurídico español en este punto. En particular, se procurará reflexionar aquí acerca de dos aspectos concretos en torno a los que creemos que se han producido importantes malentendidos: el origen histórico de las medidas de seguridad y el fundamento de estas. Así, de tales reflexiones pretendemos extraer alguna idea valiosa que nos permita encarar el tramo final de esta investigación.

II. Justificación de la perspectiva abordada: ¿Derecho comparado?

Del mismo modo que hicimos en su momento antes de abordar el estudio de la imputabilidad, consideramos necesario explicitar siquiera mínimamente los motivos de una omisión inusual en el tratamiento de las medidas de seguridad que se encuentra en este trabajo. Nos referimos concretamente a la falta de un estudio comparado sobre las distintas medidas de seguridad de las que dispone nuestro ordenamiento jurídico y aquellas otras con las que cuentan esos otros que o bien pertenecen a nuestro más próximo entorno cultural, o bien se hallan presentes en ordenamientos de especial relevancia.

El motivo de tal omisión es doble. Por un lado, consideramos innecesario llevar a cabo en estos momentos un estudio de esta naturaleza dada la enorme profusión de investigaciones de esta clase que ha visto la luz en los últimos años. Son muchos los trabajos que se han dedicado a analizar sistemas preventivos en su conjunto e instituciones especialmente relevantes de los más significativos ordenamientos⁸⁰⁸. Ni siquiera tendría mucho sentido abordar estas cuestiones por el mero hecho de trasladarlas a la lengua española, pues son varias las contribuciones que en esta lengua se han generado. La ingente producción bibliográfica en esta materia nos dispensa, creemos, de una mayor profundización.

Por otro lado, hay un segundo motivo de carácter más metodológico que dificulta especialmente el análisis de las medidas preventivas posdelictuales de los distintos países. Aunque cualquier estudio de Derecho comparado es siempre complejo por el conocimiento de otros ordenamientos jurídicos que presupone para no incurrir en erróneas interpretaciones, en el ámbito de las medidas de seguridad estas exigencias son particularmente acusadas. Por la función que están llamadas a desempeñar, el estudio

⁸⁰⁸ Especial consideración en este punto merece probablemente el trabajo de SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 65-276, en el que se lleva a cabo un amplio análisis de esta clase de instituciones en varios ordenamientos jurídicos relevantes.

completo (o razonable) de las medidas de seguridad de un ordenamiento (su naturaleza, finalidad, presupuestos, etc.) requiere un conocimiento no solo de este “pequeño” ámbito del ordenamiento, sino también, muy especialmente, de las funciones que en el concreto orden social y constitucional la (en ocasiones tan “cercana”) pena está llamada a satisfacer. Igualmente, implica, entre otras muchas cosas, un importante control acerca de las medidas administrativas y/o civiles con las que cuenta un determinado ordenamiento, la regulación de la autonomía del paciente o las condiciones, límites y presupuestos de la asistencia (en su caso, representativa) a las personas con discapacidad. Todo ese trabajo es ya suficientemente intenso para afrontar el estudio de un concreto ordenamiento jurídico como para replicarlo en otros con diversas fuentes y tradiciones jurídicas.

Tenemos, además, la convicción (como trataremos de poner de manifiesto en el próximo capítulo) de que una no muy precisa actividad de Derecho comparado, que ha pasado por alto factores elementales que deberían haber sido tomados en consideración, ha contribuido a asentar determinadas creencias que distan mucho de ser ciertas. Al fin y al cabo, y como ha dicho PANTALEÓN PRIETO mejor de lo que nosotros podríamos hacerlo, “las soluciones jurídicas no pueden importarse como frigoríficos: al igual que el desarrollo de ciertos animales y plantas sólo es posible en su hábitat natural, la racionalidad de las soluciones jurídicas descansa no pocas veces de tal manera en la estructura institucional en la que se producen que, desenraizadas de ella, pierden por entero su buen sentido”⁸⁰⁹.

Creemos, en esta línea, que la finalidad que debe satisfacer una institución jurídica depende en muy buena medida (casi determinante) del Estado al que nos refiramos y de sus concretas instituciones legales. Distintos marcos constitucionales, diversas prácticas jurisprudenciales y diferentes tradiciones legislativas difícilmente pueden dar lugar a instituciones idénticas. Consideramos, en concreto, que en el ámbito de las medidas de seguridad la comparación con Alemania ha sido tradicionalmente dañina, pues ha prestado más atención a denominaciones y clasificaciones que a contenidos. En este sentido, afirmaciones tan reiteradas como la de que el ordenamiento español no contaba hasta el año 2010 con una respuesta específica para el sujeto imputable peligroso implica no prestar atención a la función que la pena (y, especialmente, su ejecución) tiene

⁸⁰⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *Diario La Ley*, Ref. D-162, tomo 2, 1996, p. 4.

asignada y que tal peligrosidad ya era tenida en cuenta, de forma muy relevante, en nuestra legislación⁸¹⁰. Una pretendida equiparación con el ordenamiento alemán, siempre tan recurrente, no supondría solo añadir medidas con las que ellos cuentan y nosotros no, sino también una considerable rebaja punitiva, por ejemplo⁸¹¹. Pretender la equiparación a un modelo que se considera preferible atendiendo solo a algunos factores y no a la totalidad de estos puede tener repercusiones inesperadas absolutamente nocivas. El tiempo ha demostrado, por ejemplo, con la transposición de Directivas europeas (que no es más que efectuar una aplicación práctica de un estudio de Derecho comparado español/comunitario), que hay pocas prácticas legislativas más perversas e inconsistentes que la comparación automática y fragmentaria de ordenamientos jurídicos diversos⁸¹².

En definitiva, creemos que una correcta labor comparativa entre distintos ordenamientos jurídicos resulta tan complicada que, de hecho, deviene prácticamente inalcanzable. Si a ello le añadimos que una comparación incompleta puede perjudicar (por generar confusión y falsas percepciones) más de lo que beneficia, la omisión de esta perspectiva en la investigación que aquí se presenta parece sobradamente justificada. Es preciso, pues, no confundir “más” información con “mejor” información. Se debe tratar de evitar que la cantidad de información impida acceder a la información de calidad.

Todo lo dicho no será óbice, obviamente, para efectuar algunas concretas puntualizaciones de Derecho comparado allí donde estas resulten especialmente necesarias y sean técnicamente acotables. También allí donde la exigencia de precisión

⁸¹⁰ Vid., a este respecto, ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, pp. 218 y ss.

⁸¹¹ En este sentido, resulta ilustrativo un somero vistazo a las penas máximas del ordenamiento jurídico-penal alemán y sus diferencias en este punto con el español. En ambos casos, los que, en principio, son considerados delitos más graves comportan penas de prisión permanente revisable y, aunque bien es cierto que el ordenamiento alemán la prevé, al menos nominalmente, para un número superior de supuestos, conviene no perder de vista los diversos regímenes de revisión en ambas regulaciones penales. En el caso de la normativa germana el periodo mínimo de cumplimiento será de quince años (§ 57a StGB) frente a lo que sucede en el supuesto español que, en función del caso, dispone un período mínimo de cumplimiento de entre veinticinco y treinta años (arts. 78 bis y 92 CP). Igualmente, y prescindiendo ahora de la prisión permanente revisable, cabe apuntar que la pena máxima de privación de libertad del ordenamiento alemán es de quince años (§ 38 StGB) frente a los veinticinco que contempla el derecho español en algunos casos. Y no solo esto es lo llamativo, sino que en el caso alemán esa misma pena (quince años) rige como límite absoluto de la acumulación de penas en supuestos de concurso real, frente a los cuarenta años previstos por el ordenamiento español (art. 76.1 CP).

⁸¹² Vid., sin embargo, para una visión más optimista, aunque sensata, del estudio del Derecho comparado por parte de la dogmática penal y de sus posibilidades, CORRECHER MIRA, J., *Principio de legalidad penal*, pp. 103 y ss.

no sea extrema, pues baste con contrastar simples tendencias generales, estas tendrán cabida en el presente trabajo.

III. El origen de las medidas de seguridad

En el estudio de las medidas de seguridad hay muchos lugares comunes. Sin embargo, como veremos, no todos se encuentran debidamente justificados. Una idea que, tras una aceptación generalizada, ha pasado a convertirse en un primer lugar común se refiere al momento de aparición de estas instituciones⁸¹³. Suele señalarse el conflicto entre penalistas clásicos y positivistas criminológicos (especialmente italianos, pero no solo) como el momento en el que el debate acerca de las medidas de seguridad aflora en el

⁸¹³ Parece evidente que para “rastrear” el origen histórico de una institución resulta necesario partir de una definición más o menos precisa de aquello que quiere ser comprendido en su dimensión histórica. Sin embargo, es bien sabido que el momento de definir nos expone a dos riesgos de similar naturaleza: el de incurrir en suprainclusión y el de hacerlo en infrainclusión. Una definición que incorpore ya elementos de tradición liberal (principio de legalidad, principio de jurisdiccionalidad, etc.) predetermina que la institución solo pueda ser vista a partir del momento en que surgen también estos principios y puede dar lugar a una tautología (muy simplificada: “las medidas de seguridad del ordenamiento penal liberal surgen con la aparición del ordenamiento penal liberal”). Este primer error, en nuestra opinión muy extendido en parte de la doctrina española, dinamita la posibilidad de un estudio histórico que aporte algo de luz y es el que denominamos aquí error de suprainclusión. El segundo error (error de infrainclusión) es el que tiene su origen en un sesgo retrospectivo que pretende ver cualquier institución histórica con las modernas medidas de seguridad en los ojos, reinterpretando así el pasado en clave de presente. Al incurrir en este error consideraríamos que cualquier institución que hoy pensamos que tiene carácter preventivo debía satisfacer esa misma función en mundos radicalmente distintos del nuestro. Según creemos, en este error cae claramente LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad: de las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 32 y ss., cuando afirma que es en el Imperio sumerio, durante la dictadura de Uruinimgina (2.352—2342 a. C.) cuando asistimos “al nacimiento de la primera medida de seguridad escrita que tenemos noticia (...) entre otras (...) la expulsión de la ciudad de usureros, ladrones y toda suerte de criminales con el objeto ulterior y prioritario de proteger a sus ciudadanos. Se constituye así el primer intento de medida penal conocida y documentada en la historia (...) no se aprecia el carácter vindicativo propio de una pena, ya que se revela y manifiesta como una sanción diferente, si lo comparamos con los castigos crueles y sanguinarios que venían aplicando de forma usual para estos delitos y conductas”. Esta interpretación resulta, a nuestro entender, demasiado atrevida, pues supone una lectura del Imperio sumerio y su civilización carente del soporte histórico necesario. Hablar aquí de “delitos”, “penas” o “medidas de seguridad” supone proyectar sobre el pasado categorías presentes, algo censurable desde la perspectiva historiográfica. En un error similar incurre al interpretar el “ostracismo” de la Antigua Grecia como una institución cuyo “carácter de medida de seguridad (...) se acredita sin duda alguna” (p. 37). En todo caso, la definición de una institución para su análisis histórico se encuentra siempre “entre la espada y la pared”, entre los riesgos de supra e infra inclusión. Por ello, como se explica más adelante, partimos en el brevísimo estudio histórico que se presenta en las siguientes páginas de un “concepto intuitivo” de las medidas de seguridad, entendiendo por tales aquellas instituciones que, de manera más o menos firme, sabemos que estaban llamadas a satisfacer una función ciertamente similar a la que hoy desempeñan. Aunque de esta forma se pierde en precisión, no parece que haya una mejor solución a este dilema.

pensamiento jurídico⁸¹⁴. Se citan siempre, entonces, los trabajos de FERRI, GARÓFALO y LOMBROSO, por la parte italiana, se habla después de la “dirección moderna” y la propuesta de la “pena final” de VON LISZT, por la parte alemana, y, en ocasiones, se apunta luego a la particular acogida que tuvieron muchos de estos postulados en España a través de los correccionalistas. Se pone después como ejemplo de la primera consagración jurídico-penal de las medidas de seguridad el Código penal suizo de STOOSS y después se habla del Código penal español de 1928 como el primero de nuestro Estado que las contempla. La consagración de las medidas de seguridad en estos textos legislativos penales es, entonces, calificada de “solución de compromiso” entre las tesis clásicas y las corrientes más modernas⁸¹⁵. Esta historia ha sido repetida en innumerables ocasiones y narrada, en algunos casos, con suma maestría⁸¹⁶. Por ello, prescindiremos aquí de una explicación más detallada. Es este, en definitiva, una suerte de “relato oficial” del origen jurídico de las medidas de seguridad en el Derecho penal continental.

Sin embargo, en ocasiones, creemos que se produce una mala interpretación histórica que podría obedecer a considerar que las medidas de seguridad surgen como consecuencia de la discusión suscitada en torno a ellas y no (como todo parece indicar) a que sucede lo contrario: que el debate surgió precisamente porque se vivían tiempos de cambio en relación con unas instituciones jurídicas que ya existían y sobre las que apenas se había teorizado de forma expresa⁸¹⁷. No es casualidad, en este sentido, que el auge de la disputa

⁸¹⁴ Vid., entre muchos otros, SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 23, o SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos*, pp. 277 y ss.

⁸¹⁵ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Las medidas de seguridad en el Código Penal español de 1995”, *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, n.º 5, 2002, p. 186, señala que “[s]e ha dicho, quizás en un sentido peyorativo, que esta solución (el dualismo o binarismo) constituye una solución de compromiso o de transacción entre la lucha de escuelas; pero más que entenderlo como una solución de compromiso debería de entenderse como una respuesta adecuada a las exigencias político-criminales. De ahí, que el sistema dualista sea un sistema triunfador en las modernas legislaciones penales”.

⁸¹⁶ Por citar solo algunos de los lugares donde se pueden encontrar excelentes descripciones de este acontecer histórico, vid. JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 23 y ss. (para su estudio transnacional) y pp. 44 y ss. (para su desarrollo en el Derecho español); SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, pp. 21 y ss. (para su desarrollo internacional) y pp. 142 y ss. (para el concreto devenir histórico-legislativo español); y LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad*, passim. Vid. también, de forma más somera, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “Las medidas de seguridad”, pp. 267 y ss.

⁸¹⁷ Quizás quepa interpretar en este sentido las manifestaciones de LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad*, p. 14, cuando sostiene que “aun reconociendo que el nacimiento oficial y público de las medidas de seguridad se produce a finales del s. XIX, al hilo de los postulados antropológicos y sociales del delito y de las novedosas propuestas legislativas criminales, cuyas ideas

teórica sobre las medidas de seguridad coincida con la “progresiva civilización” de la pena estatal, cada vez más limitada como consecuencia de la aplicación de principios penales de cuño liberal⁸¹⁸.

Especialmente clara en este punto es TOBER al señalar que “dado que durante décadas los duros castigos impuestos en forma de penas corporales y penas de muerte satisfacían también las necesidades de seguridad de la sociedad, la introducción de medidas de seguridad fue innecesaria durante largo tiempo. Antes de la introducción de las penas privativas de libertad en sentido estricto, que en el ámbito de la historia del Derecho penal son relativamente recientes, los autores de delitos fueron, especialmente en los siglos XV y XVI, ajusticiados y mutilados con el sencillo propósito de inocularlos e intimidarlos”⁸¹⁹. En un sentido muy próximo, y con el ordenamiento jurídico anglosajón en mente, ha sostenido ROBINSON, también de forma muy clarificadora, que “con cada reforma, con la que la doctrina del Derecho penal ha avanzado hacia el pensamiento actual, se ha excluido la responsabilidad de las personas que habían sido vistas como insuficientemente responsables de su conducta para ser culpadas por ella. Cada reforma fue posible sin comprometer la seguridad pública porque la jurisdicción protectora (*protective jurisdiction*) fue desplazada al sistema de internamiento civil. Los delincuentes peligrosos que escapaban a la

provocan la ruptura con el derecho penal clásico que se había rendido por entero al protagonismo y hegemonía de las penas, lo cierto es que sin los indicios preventivos previos, instalados en el acervo universal que las habían precedido y que constituían todo un conjunto de conocimientos acumulados que habían estado operativos mucho tiempo antes, no hubiera sido posible su irradiación o eclosión jurídica y acceder a formar parte del moderno derecho criminal”. Sin embargo, el que no se hiciera una teorización individualizada o expresa de las medidas de seguridad, fundidas entonces con lo que llamaban “pena”, no quiere decir que no se teorizase nada al respecto. Por ello, consideramos matizable aquello que sostiene ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, p. 66, de que “a diferencia de lo que ha sucedido con las penas, cuya finalidad y legitimación se discuten desde la antigüedad, y constituyen un tema obligado para cualquier curso básico de derecho penal, la pregunta relativa a las medidas de seguridad apenas ha despertado interés teórico”. Creemos, que, aunque tales afirmaciones encierran parte de verdad, no atienden al hecho de que la teorización sobre la “pena preiluminista” era una teorización del conjunto de lo que hoy llamaríamos pena y medidas de seguridad. Si se sostiene que en la antigüedad no se teorizó acerca de las medidas de seguridad, estimamos que lo más coherente sería sostener lo mismo de la pena, pues, en puridad, tampoco se teorizaba entonces sobre algo perfectamente equiparable a la pena actual. Es incorrecto, pues, un planteamiento como el de EXNER, F., *Die Theorie der Sicherungsmittel*, p. 8, cuando sostiene que “la pena es frente a la medida de seguridad un *prius* histórico y lógico”.

⁸¹⁸ En este sentido quizás quepa interpretar a JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, p. 27, cuando señala, aunque no queda claro si con carácter descriptivo o crítico, que “[a] fines del siglo XIX, la desconfianza en la pena es un hecho evidente. Sus causas hay que buscarlas fundamentalmente en las limitaciones del sistema retribucionista. Al estar las penas proporcionadas exclusivamente al delito, quedaban fuera del ámbito de la sanción penal una gran masa de delincuentes habituales que llevaban a cabo su oficio a través de la repetición de infracciones de escasa gravedad. El castigar a un sujeto por el hecho cometido, ignorando la naturaleza permanente de su autor, da lugar a que la eficacia de la pena resulte bastante limitada”.

⁸¹⁹ TOBER, T., *Das Bundesverfassungsgericht und der US Supreme Court zur Sicherungsverwahrung gefährlicher, strafrechtlich verantwortlicher Straftäter*, Duncker & Humblot, Berlín, 2019, p. 26. Como apunta luego la autora, en esta época no se pueden distinguir dogmáticamente penas y medidas por la sencilla razón de que ambas se encontraban combinadas (p. 27).

responsabilidad penal por la creciente concepción de inimputabilidad no fueron libres para amenazar a una colectividad indefensa, sino que fueron internados civilmente bajo un sistema que no demandaba la censura de una condena penal. La cuestión es que el desarrollo natural del Derecho penal, que impone reproche por la condena penal solo a quienes se entiende que lo merecen, requiere un sistema de internamiento civil que pueda asumir el debilitamiento de la protección de la colectividad frente a los delincuentes peligrosos”⁸²⁰. Es esto algo que, entre nosotros, ha expresado a la inversa y de forma precisa (aunque breve) MARTÍNEZ GARAY, al manifestar que “[l]a existencia de medidas de seguridad es uno de los factores que han contribuido históricamente a que en Derecho penal se haya ido ampliando el círculo de supuestos en los que se admite exención por inimputabilidad: porque estas pueden cumplir la función de control de la peligrosidad y protección de la sociedad en lugar de las penas”⁸²¹.

Un discurso en ocasiones excesivamente simplificador parece afirmar que la percepción de las necesidades preventivas del sistema penal surge con la aparición de la Escuela Positiva italiana, pasando por alto que estas necesidades siempre “estuvieron ahí” y fueron percibidas (y gestionadas) como tales⁸²². Así, originalmente parece difícil discutir que la pena (y sus concretas formas de ejecución) respondía(n) de la manera más eficaz posible, en atención a los recursos técnicos entonces disponibles, también a la peligrosidad del autor responsable. No de otra forma pueden interpretarse penas como el destierro⁸²³. Por otra parte, la existencia de medidas de seguridad frente al “loco” o “demente” existían ya mucho antes del Código penal suizo de STOOSS⁸²⁴. Al menos en

⁸²⁰ ROBINSON, P. H., “Foreword: The Criminal-Civil Distinction and the Dangerous Blameless Offenders”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 83, 1993, p. 700.

⁸²¹ MARTÍNEZ GARAY, L., “La relación entre culpabilidad y peligrosidad”, p. 121.

⁸²² En parecidos términos se pronuncia en el ámbito alemán MUSHOFF, T., *Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung*, p. 10. JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 37, sostiene también, como hacemos nosotros, que tales necesidades no son tan modernas, sino que “siempre han existido junto a la exigencia de represión”, aunque no extrae de ello las mismas consecuencias que se ofrecen en estas páginas. Consecuencias que sí apunta parcialmente, sin embargo, DESSECKER, A., *Gefährlichkeit und Verhältnismässigkeit*, p. 32, cuando señala que la línea divisoria entre sanciones retributivas y preventivas no era fácilmente trazable porque ambas instituciones se superponían, algo que sucedió hasta la aparición de un instrumentario específicamente preventivo.

⁸²³ En este mismo sentido son interpretados, ya en el Código penal de 1822, estas clases de castigos por LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad*, p. 242.

⁸²⁴ Para empezar, como explica con suma claridad FRISCH, W., “El tratamiento jurídico-penal de autores reincidentes peligrosos”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, p. 1376, “Stooss, a quien se le había encargado la creación de un Código penal suizo unitario, a la hora de intentar cumplir satisfactoriamente con su encargo, también se encontró con el problema de cuál es el tratamiento adecuado para los autores peligrosos, y encontró una solución relativamente sencilla: complementar

Las Partidas pueden apreciarse ya, en lo que luego sería nuestro Estado, formas primitivas (pero claramente identificables) de medidas de seguridad⁸²⁵. Se suele citar también, en esta línea, la Pragmática del Rey Carlos III en el año 1771 que permitía, en determinados casos, la prolongación indefinida de la pena para los delincuentes que fueran considerados especialmente peligrosos⁸²⁶. Además, en todos los Códigos penales españoles, de 1822 en adelante, se han contemplado (o presupuesto) de una u otra forma medidas de seguridad para el sujeto que era disculpado por “enajenado”, “loco”, “imbécil” o la denominación que estuviera en boga en aquella época⁸²⁷. Por ello, no deja de resultar sorprendente la enorme profusión en manualística y monografías de la idea, ya apuntada, de que estas no aparecen en España hasta el Código penal de 1928⁸²⁸. Una cosa es que las

la pena con medidas específicas, que previnieran ulteriores actividades criminales. Stooss no halló esta concepción dualista en la mesa de su despacho, sino que encontró primeras aproximaciones a ella en algunos Códigos penales particulares de distintos Cantones de la Confederación, desarrollándolas ulteriormente en función de las necesidades que detectaba”.

⁸²⁵ De este modo, la Partida VII disponía en su Título IX, Ley octava, en referencia a los, por llamarlos de algún modo, “incapaces de algunos delitos”, que “*los parientes mas cercanos que hobieren estos atales, ó los que los hubiesen en guarda, débenlos guardar de manera que no fagan tuerto nin deshonna á otro, asi como en muchas leyes deste libro diximos que lo deben hacer et si asi non lo ficiesen, bien se podrie facer demanda á ellos del tuerto que estos atales hobiesen fecho de manera que non puedan facer tuerto ni deshonna a otro*”. De esta regulación, como señala MATEO AYALA, E. J., *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 72, “se desprende la existencia del instituto de la guarda en relación a estos enfermos y a favor de sus parientes u otras personas, a quienes se hacía acreedores de algunas ventajas económicas sobre el patrimonio del loco”.

⁸²⁶ Así, se disponía en el apartado V de dicho texto normativo (cuya denominación completa es “*Pragmatica sancion de su magestad expedida a consulta del Consejo por la qual se sirve tomar varias providencias para evitar la desercion que hacen los presidiarios á los moros y manda se destinen los Reos de los delitos que se mencionan á los Arsenales de Ferrol, Cadiz y Cartagena, con lo demás que contiene*”). Allí se establecía que “*atendida la penalidad y afán de estos trabajos, cumplidos con la exactitud correspondiente, y para evitar el total aburrimiento y desesperación de los que se vieren sujetos á su interminable sufrimiento, no puedan los Tribunales destinar á reclusión perpetua, ni por más tiempo que el de diez años en dichos Arsenales á Reo alguno, sino que á los mas agravados, y de cuya salida al tiempo de la Sentencia se rezele algun grave inconveniente, se les pueda añadir la calidad de que no salgan sin licencia, y segun fueren los informes de su conducta en los mismos Arsenales*”.

⁸²⁷ El primero de estos códigos, el del año 1822, recogía en un muy extenso artículo 27, dedicado a regular posibles supuestos de responsabilidad civil, que este precepto resultaría de aplicación, entre otros, a “*los obligados á guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que este cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia*”. Destaca de nuevo MATEO AYALA, E. J., *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*, p. 92, que también de aquí “cabe deducir del tenor literal del precepto analizado el establecimiento, al parecer, de una medida consistente en el sometimiento a una guarda o curatela del sujeto privado de razón”. Por otra parte, ya el Código penal de 1848 en su artículo 8.1º habla ya de la “reclusión en uno de los hospitales destinados a enfermos de aquella clase” para el “loco o demente” que hubiera cometido un delito grave.

⁸²⁸ JOSITSCH, D., EGE, I. y SCHWARZENEGGER, C., *Strafrecht II. Strafen und Massnahmen*, 9ª ed., Schulthess, Zúrich, 2018, p. 24, sostienen expresamente que “la ampliación del sistema de sanciones

medidas anteriormente contempladas no fueran expresamente denominadas así, lo que no obedece más que a una cuestión de usos y costumbres terminológicas (o que el criterio de peligrosidad no fuera expresamente explicitado, pues se entendía inherente a la figura del loco que cometía el delito), y otra negar la existencia de una institución jurídica firmemente asentada en nuestro ordenamiento previa a la irrupción de las rupturistas ideas del positivismo criminológico⁸²⁹. Tenemos así, con anterioridad a la aparición de la Escuela Positiva, penas con contenido preventivo para el sujeto responsable peligroso y medidas de seguridad, no bautizadas todavía con tal denominación, para el inimputable “peligroso” (aun en el error técnico, comprensible en todo caso para el contexto histórico al que ahora nos referimos, de que todo “loco” era peligroso).

Entonces, cabría cabalmente preguntarse, ¿por qué surgen propuestas como las de LOMBROSO, FERRI, GARÓFALO o VON LISZT? La respuesta que se nos antoja más razonable es que, frente a una también extendida interpretación de que las “nuevas” medidas de seguridad constituyen avances técnicos que prestan atención a nuevos problemas y necesidades, estas constituyen, más bien, una postura en buena medida reaccionaria. Dichos autores pretenden devolver, con otro o el mismo nombre, cometidos al ordenamiento jurídico-penal que este, como consecuencia de la aplicación de principios liberales, había ido desechando deliberadamente con el correr de los años mediante el lento proceso de humanización de las penas.

Pero sería también un tentador simplismo ver en estas posturas únicamente un carácter reaccionario, pues tuvieron también un importantísimo valor al poner sobre la mesa una institución que, alejada del foco del debate público, se hallaba absolutamente exenta de garantías⁸³⁰. Así, el debate entre clásicos y positivistas primero, y el debate entre monistas

a través de las medidas es una creación de Carl Stooss”, lo que según la tesis que defendemos sería únicamente cierto en un sentido muy limitado. STOOSS sería exclusivamente el autor de la denominación o, como ha señalado SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 27, habría aportado como principal novedad la de fundamentar la competencia del juez penal para la imposición de estas consecuencias.

⁸²⁹ En este sentido, creemos que es correcto el ponderado juicio de MATEO AYALA, E. J., *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*, p. 148, cuando, refiriéndose precisamente al Código penal de 1928, señala que nos encontramos ante “la primera vez que un Código penal recogía una mención a las medidas de seguridad con esta denominación”.

⁸³⁰ Así, conviene recordar con SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 71, que más allá del componente asegurativo con el que, de conformidad con lo que hemos expuesto contaban las penas pre-iluministas, “el derecho penal no crea *ex novo* las medidas, sino que las toma de otros sectores del ordenamiento jurídico, singularmente del derecho civil y del derecho administrativo”.

y dualistas después, no admite un sencillo etiquetamiento de unos como reaccionarios y otros como progresistas, cualquiera que sea la forma en que se distribuyan estas calificaciones. En el lento proceso de “purificación” y “humanización” de la pena estatal esta va perdiendo fines asegurativos que le habían sido propios. Dicho de otra forma, una parte de la pena se desgaja y deja de ser considerada como tal.

En este sentido, resulta muy precisa la descripción de la situación que efectúa SILVA SÁNCHEZ cuando tras preguntarse dónde puede residir lo específico del Derecho penal moderno se responde que “[e]videntemente, la única conclusión posible es que lo ‘propio’, lo ‘característico’ del Derecho penal moderno no se halla en lo ‘penal’, en lo punitivo, pues este fenómeno ha existido siempre a lo largo de la historia y subsiste aún hoy al margen de lo que conocemos como Derecho penal. Su especificidad se encuentra, en cambio, en ser ‘Derecho’, en la juridificación del fenómeno punitivo, en su sometimiento al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantístico (...) los avances producidos entre el período del Derecho penal romano-germánico y el último período del siglo XVIII apenas son significativos: el fin punitivo prima decididamente sobre fines garantísticos formales o materiales. El Derecho penal surgido de la Ilustración pone fin a ese estado de cosas, pues en él aparece como misión autónoma la finalidad garantística. En efecto, la misión explícita de los nuevos códigos es poner fin a la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, estableciendo de una vez por todas, y desde bases de legitimidad democrática, los presupuestos formales y materiales de la intervención del Derecho penal. Desde entonces no ha dejado de avanzarse en esta línea. Cabe, pues, observar que al Derecho penal surgido de la Ilustración le es inherente una tensión entre su aspecto ‘punitivo’ y su aspecto ‘jurídico’ que se manifiesta en un conflicto de fines: ‘preventivo’ por un lado, ‘garantístico’ por el otro”⁸³¹.

Frente a ello surgen distintas posturas no fácilmente identificables. Unos (monistas) abogan por dejar dichas finalidades asegurativas fuera del Derecho penal, lo que no siempre significaba prescindir del control de tales “peligros” en otros sectores del ordenamiento como el Derecho administrativo, que muchas veces simplemente se suponía. Otros (dualistas) proponen la inclusión de nuevas medidas de seguridad penales para satisfacer tales necesidades, lo que no siempre implicaba incrementar la carga sancionadora computada globalmente, sino dotar de garantías penales a medidas que ya se aplicaban fuera de dichas restricciones de manera habitual e históricamente asentada. En definitiva, no se trataba solo de una discusión acerca de la existencia de determinadas instituciones (como a veces se presenta), sino, más bien, de una sobre el

⁸³¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 308 y ss.

alcance, los límites y las garantías que deberían acompañarlas. Esta lectura del debate sobre el “origen” de las medidas de seguridad no persigue un simple perfeccionamiento del estudio histórico de las mismas, sino que tiene una finalidad práctica bien precisa: poner de relieve que nunca se han discutido las necesidades de defensa social y que es preciso ubicar la discusión en la de los límites y garantías que deben acompañar a esta necesidad⁸³².

Así, la historia de la aparición de las medidas de seguridad no es ni tan sencilla ni tan lineal como muchas veces se presenta. Desde una perspectiva general, podría decirse que con las corrientes positivistas o *litszianas* no surge nada que no existiera antes y que sus aportaciones son ambivalentes. Son reaccionarias por cuanto no asumen la pena liberal que ya empezaba a conformarse y exigen (bajo el nombre de pena o medida) ejercer el control penal del que la pena liberal ya se desprendía⁸³³. Son progresistas en tanto que, frente a otros postulados procedentes en muy buena medida de los “clásicos”, pretenden que esos peligros sean conjurados expresamente por el Derecho penal (y, en consecuencia, con las garantías que le son propias) y no simplemente gestionados por otra rama del poder del Estado menos controlada⁸³⁴.

Esta cuestión la explica con claridad KAMMEIER cuando resalta cómo buena parte de la escuela clásica (especialmente influida por FEUERBACH) consideraba que, entre otras cuestiones, como consecuencia de la división de poderes, estas medidas debían encontrar su lugar en el marco del Derecho policial y en el ámbito de las autoridades administrativas, mientras que VON LISZT pretendía atribuirle la competencia al juez

⁸³² En este sentido, tiene razón DESSECKER, A., *Gefährlichkeit und Verhältnismässigkeit*, p. 25, cuando señala que la recta comprensión de las actuales medidas de seguridad no se puede alcanzar sin atender al desarrollo histórico de las mismas. Un desarrollo en el que, además, ya se habrían manifestado muchos de los argumentos a favor de cada postura que todavía hoy reiteramos.

⁸³³ No es, por ello, casual que, como apunta JORGE BARREIRO, AG., “Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal español”, *Jueces para la democracia*, n.º 25, 1996, p. 46, la “crisis de crecimiento del Derecho Penal” tenga lugar precisamente en esos momentos. Es, más bien, la tendencia expansiva que surge como reacción frente a los primeros éxitos relevantes en sentido restrictivo en lo que a la represión penal se refiere.

⁸³⁴ Precisamente la consecuencia de asumir competencias preventivas en la pena tendría como resultado someterlas a las garantías procedimentales que le son propias, limitando mucho el ámbito de Derecho policial. Debido a que, como se señalaba, el aseguramiento del sujeto peligroso es previo a las medidas de seguridad penales, los defensores de la introducción de medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico-penal no pretendían que el Estado desempeñara una nueva función, sino solo juridificar una de la que ya se ocupaba desde otras perspectivas.

penal⁸³⁵. Por su parte, en el mismo sentido, STOOSS defendería que dada la gran incidencia que estas medidas tendrían en las libertades de los ciudadanos era preferible que la policía fuera despojada de la competencia sobre ellas para que fueran judicialmente asumidas⁸³⁶. No se trata, pues, de un debate acerca del *sí* de las medidas de seguridad (presupuestas por todos en uno u otro sector del ordenamiento), sino de uno sobre el *cómo*.

En definitiva, y como suele suceder, la institución debatida es previa al debate sobre la misma y no un simple producto de este. También en este caso, las medidas de seguridad son previas a los debates sobre ellas. Pero dichos debates consiguieron precisar su concepto, ponerlas en primer plano e incrementar sus garantías. No es, por ello, con STOOSS con quien surjan las medidas de seguridad, pero sí es con él con quien empiezan los esfuerzos por adecuarlas al nuevo modelo de Estado que empezaba a surgir a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Es este el momento a partir del cual se empieza a exigir que sea el Estado y no los particulares o agrupaciones caritativas el que dé solución al problema de una criminalidad que (debido a distintos y complejos condicionantes socio-económicos) se desboca. Y se trata de hacer eso, precisamente, en unos momentos en los que, además, aun hallándose muy lejos todavía de lo que hoy denominaríamos un trato humano aceptable, se pretende que el Estado empiece a introducir la racionalidad moderna y el respeto al individuo en sus relaciones con el ciudadano.

Se trata, en definitiva, de un debate que trasciende ya entonces el ámbito del Derecho para ser uno que afecta directamente a cuáles deben ser las funciones del Estado. Limitado el concepto de pena, queda por debatir si sus excrecencias deben ser tácita o expresamente gestionadas por otros sectores del Derecho o si, por el contrario, por los mismos motivos que son expulsadas del concepto de pena, deben ser expulsadas también del ordenamiento jurídico en su conjunto. En ese mismo debate seguimos hasta hoy.

⁸³⁵ KAMMEIER, H., *Massregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, Walter de Gruyter, Berlín, 1996, pp. 10 y ss. Participa de este planteamiento FRISCH, W., “Reincidentes peligrosos”, p. 1380.

⁸³⁶ KAMMEIER, H., *Massregelrecht*, pp. 10 y ss. El mismo autor explica luego que en este período, incluso cuando la normativa no permitía al juez penal acordar el internamiento en un establecimiento sanatorio, podía este notificar la situación a la autoridad policial correspondiente, que sí era competente para ello (pp. 27 y ss.).

IV. El papel de las medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico-penal español

Es necesario, antes de ubicar de forma precisa las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento, definir las someramente. Si esto no se ha hecho antes es porque, como es bien sabido, en determinados contextos la elaboración de una definición puede prejuzgar la discusión al dejar fuera de ella lo que no encaje fácilmente en la misma. Por eso, precisamente para un breve estudio histórico de las medidas de seguridad hemos considerado preferible no definir las previamente para movernos en el plano, ahora sí, de lo “sobrentendido”. Hacerlo de otra forma habría supuesto excluir del análisis aquellas medidas que no fueran propias del orden penal, que no tuvieran como presupuesto explícito la peligrosidad criminal o que no fueran posteriores al delito; notas, todas ellas, que suelen adscribirse actualmente a la definición de medidas de seguridad⁸³⁷.

De ahora en adelante, dado que las páginas que siguen no cuentan solo con una pretensión explicativa, sino también aplicativa, resulta ineludible partir de una definición. A tal efecto, son muchas las que se han aportado. JORGE BARREIRO, por ejemplo, sostiene que las medidas de seguridad son “medios penales preventivos de lucha contra el delito, que implican privación de bienes jurídicos, y que se caracterizan por ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales en función de la peligrosidad criminal de un sujeto —demostrada con la ocasión de haber cometido un hecho previsto en la ley como delito— y por estar orientadas a la prevención especial del delito (finalidades de corrección, tratamiento y aseguramiento)”⁸³⁸. SANZ MORÁN, por su parte, las ha definido como un “mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa”⁸³⁹.

En lo que a nosotros respecta, creemos necesario partir de una definición que “apriete, pero no ahogue”, esto es, una descripción que contenga las notas esenciales para

⁸³⁷ Una definición precisa es un obstáculo para el análisis histórico de una institución, pues nos enfrenta ante el ilusorio escenario de que esa institución aparece de un día para otro y distorsiona la correcta comprensión de la progresiva evolución de la misma. Es esta una evolución que hace que un “núcleo común” (definición mínima) vaya poco a poco “enriqueciéndose” hasta adoptar formas más contemporáneas.

⁸³⁸ JORGE BARREIRO, AG., “La reforma de 1978 a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1983, p. 488.

⁸³⁹ SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 71.

comprender de qué hablamos, pero que no sea tan exigente como para excluir de antemano por criterios cualitativos lo que solo es cuantitativamente diferente⁸⁴⁰. De este modo, consideramos que medidas de seguridad son todas aquellas medidas restrictivas de derechos desligadas, *en principio*, de la idea de merecimiento que el Estado adopta frente a aquellos sujetos de los que presume una determinada propensión a la ulterior comisión de delitos.

Así las cosas, podemos empezar a describir ya nuestro ordenamiento jurídico a este respecto. Es usual decir que nuestro Código penal dispone un sistema de doble vía: regula penas y medidas de seguridad. Originariamente, como ya hemos dicho, al sujeto responsable le correspondía la pena, al sujeto irresponsable la medida y a ese híbrido que es el sujeto semiimputable una matizada combinación de ambas⁸⁴¹. La reforma de 2010

⁸⁴⁰ Se trata, en definitiva, de intentar no incurrir en la “barrera definicional” de la que alertaba HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, pp. 6 y ss., al perseguir una definición de la pena. Es decir, se trata de evitar que la definición ideal de la institución pueda ser empleada en una realidad imperfecta para conformar el argumento de “eso no es en verdad X, sino otra cosa”; algo que impide cualquier debate racional, pues prácticamente toda argumentación quedaría agotada una vez alcanzada una definición precisa de cualquier instituto. Muy claro en este punto es CASTELLVÍ MONSERRAT, C., “Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, *InDret*, n.º 1, 2019, p. 24, cuando explica que “[l]a necesaria proporcionalidad con la gravedad del hecho, el principio de culpabilidad y el de presunción de inocencia, la exigencia de ley orgánica, etc., son requisitos (constitucionales) que el legislador debe respetar cuando regula el ejercicio del *ius puniendi*. Sin embargo, no determinan el *contenido* de la facultad sancionadora del Estado. Que no se apliquen las limitaciones derivadas de las garantías propias del *ius puniendi* es la *consecuencia* de que una institución no tenga naturaleza sancionatoria, y no la *razón* por la cual no tiene esa naturaleza. No debe confundirse el *contenido* del *ius puniendi* con las *condiciones de su ejercicio* en un Estado Social y Democrático de Derecho”. Por ello, creemos que la definición ofrecida, por ejemplo, por URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, p. 4, (“consecuencias jurídicas frente al delito, de naturaleza penal, fundadas en la peligrosidad criminal del sujeto y dirigidas a la realización de fines preventivo-especiales”) no sería adecuada desde una perspectiva metodológica. Ello precisamente por algo que el autor hace valer como mérito de su definición: que ella “permite, desde un primer momento, excluir las medidas predelictuales como objeto de nuestro estudio, así como aquellas basadas en la mera peligrosidad social” (p. 4). Seguramente tal exclusión sea razonable. No lo es tanto, sin embargo, que el motivo de ella resida ya en la propia definición del objeto de estudio.

⁸⁴¹ En nuestra opinión, la semiimputabilidad no es más que un régimen “privilegiado” de tratamiento del sujeto responsable en quien concurre alguna circunstancia excepcional insuficiente, por sí misma, para justificar la plena exención de responsabilidad. Sólo así podría explicarse, a nuestro entender, que un sujeto sea lo suficientemente responsable para ser castigado y lo suficientemente loco como para ser tratado. Estaríamos, entonces, de acuerdo con REYES ECHANDÍA, A., *Imputabilidad*, p. 39, cuando señala que “[l]a llamada imputabilidad disminuida no es una tercera entidad jurídica, psicológica ni siquiátrica, respecto de la imputabilidad y de la inimputabilidad, sino una modalidad de aquella con efectos jurídicos en el campo de la punibilidad”. No coincidimos, por ello, con SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad*, p. 188, cuando sostiene que “las modernas investigaciones neurocientíficas contribuyen, entiendo, a poner de relieve la idoneidad de la figura de la responsabilidad disminuida, en principio tan polémica, dado que se ajusta a los múltiples estados intermedios posibles entre la cordura y la razón”. Creemos, por el contrario, que aquí se incurre en alguna medida en una falacia naturalista (como quizás suceda en otras partes de la citada obra de forma inadvertida, pese a las

trastoca profundamente este esquema y adopta uno de carácter dualista en otro sentido: permite la imposición a un mismo sujeto responsable tanto de una pena, para responder a su culpabilidad, como de una medida, para responder a su peligrosidad.

Se sostiene, entonces, que nuestro ordenamiento jurídico (ya desde el año 1995, pero con especial intensidad desde el año 2010) es uno, como el alemán y otros muchos, de doble vía: penas y medidas son las dos vías sancionadoras con las que cuenta nuestro ordenamiento penal. Tan asentada está esta afirmación que cuando ROXIN expone el papel de la reparación en el Derecho penal habla de una “tercera vía”⁸⁴². Sin embargo, pueden seguirse en este punto las consideraciones que STRENG hace sobre el ordenamiento jurídico alemán (perfectamente aplicables en este caso al nuestro) cuando manifiesta que “el concepto de ‘doble vía’ representa más una ‘imagen’ que una descripción exacta de la realidad del sistema de varias vías de nuestro sistema de sanciones”⁸⁴³.

reiteradas alusiones que la autora hace a la naturaleza normativa de la imputabilidad; por ejemplo, al sostener que la psiquiatría tiene mucho que decir sobre la *configuración* del “concepto jurídico de inimputabilidad”, pp. 204 y ss., o al defender que “puede que una leve disfunción de la media, considerada siempre en su conjunto de red, no ostente la gravedad requerida para el diagnóstico de un trastorno ni, *por consiguiente*”, cursivas propias, “tenga ningún tipo de relevancia en la responsabilidad penal”, p. 506). Y ello porque, al proceder así, del ser (la continuidad constatada entre los diversos extremos de las capacidades humanas) se deriva un deber ser (el tratamiento acorde con esta continuidad de las facultades). Lo preciso sería, sin embargo, justificar por qué dicha continuidad debe tener alguna repercusión normativa, no simplemente justificar la práctica jurídica a raíz de la constatación empírica; algo, pese a todo, no sencillo de resolver. Con todo, hace bien esta autora en criticar una serie de afirmaciones que no por repetidas parecen más convincentes. Nos referimos a la idea de que una “capacidad” (y la imputabilidad sería para muchos “capacidad de culpabilidad”) o existe o no lo hace, pero no admite grados intermedios. Así, de forma muy gráfica explican LLABRÉS FUSTER, A. y MARTÍNEZ GARAY, L., “Imputabilidad disminuida en el código penal alemán”, pp. 104 y ss., que “parece que una capacidad se tiene o no se tiene, pero no puede tenerse a medias. Una persona es capaz o no de nadar, de hablar inglés o de ir en bicicleta, pero no es correcto decir que es medio capaz de hacerlo: si lo que ocurre es que sabe hablar poco inglés o que nada muy mal, diremos que es capaz de hacerlo, aunque lo hace muy mal”. En un sentido parecido, aunque refiriéndose a la “capacidad de imputación”, se manifiesta PÉREZ DEL VALLE, C., *InDret*, p. 7. Creemos que esto supone tratar de salvar por una excesiva restricción del lenguaje (¿tan disparatado es decir que, por ejemplo, somos “más o menos” capaces de conseguir algo?) un problema que no reside en él, sino en la decisión normativa acerca de cómo hemos de tratar los grados intermedios, si es que merecen algún tratamiento particularizado. De la diferencia, hemos defendido ya varias veces a lo largo del trabajo, no deriva necesidad de tratamiento diferenciado alguno. Es posible negar lo último sin necesidad de negar también lo primero. La decisión sobre la gradualidad normativa de la semiimputabilidad deberá depender de consideraciones axiológicas y sistemáticas, no de la “naturaleza” dicotómica de las capacidades.

⁸⁴² ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2006, pp. 100 y ss.

⁸⁴³ STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 164. En sentido parecido, vid. MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung*, p. 46.

Como expresión didáctica tiene sentido hablar de “doble vía”, pero esto, como ha señalado QUINTERO OLIVARES, presupone una clara distinción entre penas y medidas⁸⁴⁴. En nuestra opinión, no se debe pasar por alto ni la existencia de otras consecuencias de difícil calificación (decomiso, consecuencias accesorias, toma de muestras biológicas, antecedentes penales con sus repercusiones, por ejemplo, laborales, etc.), ni, mucho menos, la relación de continuidad que existe entre muchas de las penas y medidas que contempla nuestro Código penal. El contenido preventivo-especial de muchas penas es evidente por sí solo, por ejemplo, en la pena de suspensión de empleo o cargo público (art. 39 c. CP) o la prohibición de aproximarse a la víctima (art. 39 g. CP). De igual modo, la afirmación de la existencia de un contenido retributivo en algunas formas de la “medida de seguridad” de libertad vigilada requiere poca justificación, como veremos más adelante⁸⁴⁵.

En definitiva, la realidad jurídica de nuestro régimen sancionador es demasiado rica como para dejarse clasificar plácidamente en dos únicas vías. Hacerlo tiene sentido como atajo y con una función puramente didáctica, pero este recurso no debe hacernos olvidar que la realidad a la que nos referimos es más compleja y presenta, en ocasiones, aspectos de continuidad que no deben ser obviados.

V. El debate sobre las garantías que deben acompañar a las medidas de seguridad

Los esfuerzos más importantes de la doctrina en los últimos años han tenido como objetivo básico el de suministrar garantías (materiales y procedimentales) a la imposición de medidas de seguridad⁸⁴⁶. Con absoluta certeza ello responde a que nuestro ordenamiento jurídico no ha sido tradicionalmente muy sensible a estas preocupaciones. Baste pensar para ello en la franquista Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social o en la anterior republicana Ley de Vagos y Maleantes, ya suficientemente estudiadas en

⁸⁴⁴ QUINTERO OLIVARES, G., “Monismo y dualismo”, pp. 659 y 663. Algo que apunta también, en relación, eso sí, con el “planteamiento dualista originario”, SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 31.

⁸⁴⁵ Vid. infra, Capítulo VI, epígrafe V.

⁸⁴⁶ Abrieron el camino de esta pretensión los primeros trabajos monográficos en la materia de BERISTÁIN IPIÑA, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo: teoría, legislación positiva y realización práctica*, Reus, Madrid, 1974, passim; JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, passim; TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, passim; y SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, passim.

nuestra doctrina⁸⁴⁷. Entre otras consecuencias inasumibles hoy en día en nuestro marco constitucional, dichas leyes permitían la imposición de medidas de seguridad predelictuales a sujetos cuya peligrosidad derivaba de la pertenencia a un colectivo social y jurídicamente despreciado. Frente a un contexto de esta clase resulta perfectamente lógico que la doctrina tratara por todos los medios de reconducir las medidas de seguridad al marco del nuevo Estado social y democrático de Derecho.

Los avances alcanzados en este ámbito han sido varios y nuestra Constitución y legislación imponen ahora numerosas garantías de las que antes carecían las medidas de seguridad. Sin embargo, restan todavía muchos extremos por ser debidamente aclarados. Así, críticamente ha manifestado GARCÍA RIVAS que “en la contienda entre seguridad y garantías, este sector de las medidas sólo ha logrado consolidar dos de ellas: la previa comisión de un delito y que su imposición esté basada en la peligrosidad criminal del sujeto y no en su peligrosidad social”⁸⁴⁸. Esta postura solo podría ser parcialmente compartida en el caso de que se refiriese exclusivamente a garantías de contenido material, pues difícilmente pueden desconocerse los enormes avances que se han vivido en el ámbito de las garantías procesales de las medidas de seguridad. En todo caso, pone de manifiesto una verdad incontestable: queda mucho camino por recorrer.

En el ámbito material, sin ir más lejos, la cuestión de la proporcionalidad de la medida de seguridad es sumamente debatida. Puede simplificarse la discusión diferenciando tres posiciones: la de aquellos que pretenden ligar la duración de la medida (límite máximo incluido) a la duración de la peligrosidad; la de aquellos que pretenden ligar su duración a la peligrosidad criminal, pero estableciendo un tope máximo como garantía; y la de aquellos que defienden la regulación actual que liga la duración de la medida a la pena

⁸⁴⁷ Vid. supra, nota 246.

⁸⁴⁸ GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, p. 612. Y algunos van más allá y, como SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Imputabilidad y sistema penal*, p. 143, niegan que la segunda (la peligrosidad criminal) sea una verdadera garantía. Y ello, no ya por la falta de base científica ya discutida, sino porque “presentar la peligrosidad como una garantía, como hacen algunos, no deja de ser un verdadero fraude, tratándose de una noción eminentemente ideológica (en el sentido negativo del término), que la única garantía que ofrece es la de otorgarle poderes omnímodos al Estado en su intervención sobre los individuos calificados como tales”.

máxima que hubiera podido imponerse, jugando entonces la peligrosidad criminal (o, más bien, su ausencia) el papel de condición de cese anticipado de la medida.

Las dos primeras posiciones alegan que si el fundamento de la medida de seguridad es la peligrosidad criminal, la duración de la primera debe estar vinculada a la duración de la segunda (la segunda de las posiciones se limita a exigir, además, por motivos de seguridad jurídica, un plazo máximo legalmente predeterminado)⁸⁴⁹. El tercer bando en contienda mantiene, por el contrario, que resulta inadecuado condicionar la duración de la medida de seguridad a la existencia de la peligrosidad criminal del sujeto en cuestión, dados los enormes problemas que hay para constatar con garantías esta última⁸⁵⁰. Por ello defiende que, a falta de otro elemento mejor, resulta razonable ligar la duración de la medida a la de la pena.

Vinculado a este debate se encuentra también el de cómo deberían relacionarse penas y medidas para evitar incurrir en un posible *bis in idem* constitucionalmente proscrito. Sobre esta cuestión, verdaderamente crucial para el propósito de esta investigación, nos pronunciaremos más adelante⁸⁵¹.

Junto a estas garantías de carácter material existen otras de carácter procesal que tampoco están debidamente esclarecidas ni por doctrina ni por jurisprudencia. Así, no está claro si las medidas de seguridad se encuentran comprendidas por el principio acusatorio, cuál es

⁸⁴⁹ De estas dos posturas, aquella que aboga por medidas de seguridad sin límite temporal alguno apenas es, hasta donde se nos alcanza, defendida hoy en día por la doctrina (aunque en algún momento reciente el pre-legislador pareció decantarse por ella al proponer en los textos preparatorios de la reforma del Código penal de 2015 un internamiento de esta clase para los sujetos inimputables). En cuanto a la otra posición, para un listado sin pretensiones de completitud de los autores que la sostienen, vid. *supra*, nota 89.

⁸⁵⁰ Con importantes matices entre ellos, se podrían reconducir a esta posición MUÑOZ CONDE, F., “Monismo y dualismo en el Derecho Penal español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 6, 1982, p. 237, defensor de esta postura antes de la aprobación del Código penal vigente; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos*, p. 132; ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 110 y ss.; MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, pp. 57 y ss.; ROIG TORRES, M., “Medidas de seguridad privativas de libertad: la regulación alemana y su reflejo en el proyecto de reforma del código penal español”, *InDret*, n.º 4, 2014, p. 8; REBOLLO VARGAS, R., “A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad”, pp. 363 y ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “Las medidas de seguridad”, pp. 271 y ss.; y MARAVER GÓMEZ, M., “Algunas reflexiones sobre el sistema dualista de sanciones penales”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1471 y ss.

⁸⁵¹ Vid. *infra*, Capítulo VI, epígrafe VII.

el umbral probatorio que hay que exceder para considerar probada la peligrosidad criminal de un sujeto, ni cómo de flexible debe ser el régimen de ejecución de la medida cuando una modificación en el mismo pueda llegar a suponer una mayor lesividad para el sujeto⁸⁵².

Se puede, entonces, sostener sin problemas que, aunque las medidas de seguridad se encuentran inmersas todavía en un proceso de progresiva ampliación de garantías, estas distan todavía mucho de ser similares a aquellas con las que cuentan las penas. La razonabilidad de esta diferenciación en el régimen de garantías depende de muchos factores, pero, parece partir del discutible presupuesto de que la distinción entre ambas instituciones pueda trazarse con una razonable seguridad. Si careciéramos de criterios claros para diferenciar unas de otras sería demasiado arriesgado articular sistemas de garantías muy distintos. Esto último sería tanto como decir que, en determinados casos en los que no pudiéramos diferenciar con nitidez una institución de otra, podríamos incurrir en un error de exceso de garantías que volviera disfuncional una concreta institución o, en el sentido contrario, caer en que un defecto de estas dejara inerte al sujeto frente a la aplicación arbitraria, injustificada o excesiva de una concreta restricción de derechos.

VI. Presupuestos legales de la imposición de medidas de seguridad: el problema del fundamento

Esbozado ya, en buena parte, el papel que las medidas de seguridad desempeñan en nuestro ordenamiento y apuntado el debate acerca de las garantías que deben acompañarlas, es el momento de analizar cuáles son los requisitos de aplicación de las mismas. Aquí procederemos a oponernos a otra idea que ha terminado por convertirse en un nuevo “lugar común” en el estudio de las medidas de seguridad: el de que el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto.

Se suele decir que penas y medidas de seguridad comparten presupuesto (un delito previo), pero que se distinguen en su fundamento. Las penas tendrían como fundamento la culpabilidad del autor del delito frente a las medidas de seguridad que, por el contrario,

⁸⁵² Para más detalle sobre estas cuestiones, vid. PUENTE RODRÍGUEZ, L., *Revista General de Derecho Procesal*, passim. En particular, sobre la flexibilidad de las medidas de seguridad durante su ejecución, vid. HEINEMANN, I., *Die Erledigung freiheitsentziehender Maßregeln im Verhältnis zur Rechtskraft ihres Anordnungsurteils*, LIT, Berlín, 2015, pp. 152 y ss.

tendrían como fundamento la peligrosidad criminal del sujeto⁸⁵³. Sin embargo, tal proposición es, a nuestro juicio, gravemente errónea o, cuanto menos, muy incompleta. La fuente de este importante error reside en una cuestión terminológica: la polisemia del término “fundamento”. PEÑARANDA RAMOS ha señalado con acierto, aunque en otro contexto, que este término, como también el verbo del que procede, resulta equívoco⁸⁵⁴. Tomando esta constatación como punto de partida, se debe decir que “fundamento” puede entenderse como “el por qué” o “el para qué”⁸⁵⁵. Y no solo eso, sino que “el por qué”

⁸⁵³ La afirmación de que la peligrosidad criminal del sujeto es el fundamento de la medida de seguridad es, hasta donde se nos alcanza, prácticamente unánime en la doctrina hispanohablante. Vid., entre muchos otros, JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, p. 95 (pese a explicar, a nuestro juicio acertadamente, que es preciso diferenciar fundamento y presupuestos, p. 86, siendo la peligrosidad uno de los segundos y el propósito de fomento de la libertad interna lo primero); GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos*, p. 131; SIERRA LÓPEZ, M., *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 94; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Revista Iberoamericana de Ciencias Penales*, p. 190; SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, pp. 72, 73, 77 y 168; ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, p. 144; BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, n.º 2, 2009, p. 300; URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, pp. 20 y 41; TAPIA BALLESTEROS, P., “Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 32, 2014, p. 5; SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos*, p. 283; y RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “Las medidas de seguridad”, p. 268.

⁸⁵⁴ PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, pp. 216 y ss. Así, prosigue este autor, “de fundamentar la punibilidad de una acción se puede hablar al menos en dos sentidos distintos. En el primero de ellos, un elemento fundamenta la punibilidad cuando es una de las características que han de concurrir en un hecho para que se pueda cumplir un tipo básico (o ‘fundamental’) del delito. Si no concurre un elemento que fundamenta la punibilidad de la acción en este sentido, el hecho no es en absoluto punible. A estos elementos que fundamentan la punibilidad de la acción se contraponen los que sólo la modifican: sin ellos, el hecho es también punible, pero en otra medida (menor, si se trata de un elemento que agrava la punibilidad; o mayor, si es uno que la atenúa). En este segundo sentido, un elemento fundamenta la punibilidad de una acción cuando ese elemento constituye el fundamento de esa punibilidad, la razón por la que el sujeto responde”. Esta anfibología del término fundamento, por cierto, y como el mismo autor indica, se podría predicar también de la lengua alemana (p. 217, nota 215). Vid. también, a este respecto, PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en ROBLES PLANAS, R. (Dir.): *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, BdeF, Buenos Aires, 2014, pp. 32 y ss.

⁸⁵⁵ Dedicar unas interesantísimas páginas, en un debate ciertamente emparentado con el que ahora nos ocupa, a desbrozar los posibles significados del término “razón” BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del Derecho*, pp. 43 y ss., quien sostiene que “[e]n el lenguaje ordinario es posible encontrar muchas expresiones corrientes que incluyen una referencia a la idea de razones para actuar. Estas expresiones sirven para realizar diferentes actos ilocucionarios —explicar, orientar, excusar, recomendar, aprobar...—, y pueden formar parte de razonamientos referidos a las propias acciones o acciones de terceros. A la vista de esa multiplicidad de usos posibles parece sensato sostener que no utilizamos el término ‘razón’ en un sentido único, sino en varias acepciones diferentes. Quizá la distinción más obvia es la que media entre las ideas de razones *por* las que alguien (un agente cualquiera que podemos llamar ‘A’) ha hecho algo (una acción cualquiera que podemos representar como ‘Ø’) y razones *para* que A haga Ø. La diferencia que existe entre “razones *por*” y “razones *para*” no es otra que la que va de la explicación de la conducta a su justificación: en el primer caso se trata de identificar los factores que *motivan* al agente, mientras que en el segundo estamos hablando

admite, a su vez, dos significados distintos, que llamaremos “por qué₁” y “por qué₂”. “El para qué” apuntaría a la *finalidad* de una institución (se hace X para conseguir Y), “el por qué₁” aludiría al *presupuesto* de esta (se hace X porque ha sucedido W) y “el por qué₂” se remitiría al *fundamento*, a la razón que justifica una determinada intervención (se hace X por la razón Z).

Así, como decimos, creemos que en el estudio jurídico que nos ocupa solo tiene sentido entender que el “fundamento” de una institución es el “por qué₂” de la misma, su razón⁸⁵⁶. Ello por el sencillo motivo de que, si manejamos también el concepto de “presupuesto” de una institución, como de hecho hacemos, este asume mejor el contenido del “por qué₁”. Dicho más gráficamente y en relación con la pena: castigamos a quien ha delinquido (presupuesto) para enseñar, inculcar, estabilizar normas o lo que se quiera (finalidad) en atención a una razón que nos legitima a ello (fundamento).

Si se asume este punto de partida, resulta impropio (y es, además, circular) señalar que el fundamento de una medida de seguridad es la peligrosidad del sujeto porque esto, expresado de otra forma, es lo mismo que decir: “imponemos una medida de seguridad al sujeto peligroso porque es peligroso”. La peligrosidad es para la medida de seguridad (como, por cierto, por idénticos motivos la culpabilidad para la pena) un presupuesto, no un fundamento⁸⁵⁷. Imponemos una medida de seguridad a un sujeto que 1) ha delinquido

de los que *deberían* motivarle, con independencia de que lo hagan o no”. Aunque esta explicación no coincide exactamente con la que nosotros proponemos (los propósitos de uno y otro argumento son muy distintos), los (razonables) puntos de contacto son evidentes y muestran que bajo el mismo término (“razón” o “fundamento”) se esconden distintos significados que conducen a que un uso poco cuidadoso de él pueda ser la causa de numerosos malentendidos.

⁸⁵⁶ Así, explica con claridad MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal*, p. 74, que “[e]l fundamento de una institución, de un elemento en la teoría del delito o de una categoría dogmática, es aquello que da razón de su existencia o funcionamiento, la respuesta a la pregunta del por qué”.

⁸⁵⁷ Esta cuestión la percibió con claridad hace tiempo, en especial en lo relativo a la relación entre culpabilidad y pena y desde su particular perspectiva, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Acercas de la evolución del concepto de culpabilidad”, en BARBERO SANTOS, M., CEREZO MIR, J., GIMBERNAT ORDEIG, E. y NÚÑEZ BARBERO, R. (Coords.): *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 578, cuando señaló que “la simple atribuibilidad o normal pertenencia de la conducta a su autor no puede constituir el fundamento de la imposición de la pena. La culpabilidad, en definitiva, no puede constituir el fundamento de la pena. Si consideramos que la pena no es una entidad metafísica ni teológica (...) no cabe sino llegar a la siguiente conclusión: el único fundamento de la pena es su necesidad; la única causa que justifica el imponer a un ser humano la privación de bienes jurídicos que conlleva la pena es la necesidad de la misma para hacer posible la vida en sociedad”. Ello para más adelante apuntar que la culpabilidad es “presupuesto (no fundamento) de la pena” (p. 579). En lo relativo a la peligrosidad también percibió esta importante cuestión, aunque más bien de pasada, cuando indicó que “[e]l Derecho penal entendido en su auténtica función de ‘ultima ratio legis’ puede luchar preventivamente contra el fenómeno de la

y 2) es peligroso (no a un sujeto que ha delinquido porque es peligroso), con un concreto propósito (finalidad) y por una razón que nos habilita a hacerlo (fundamento).

A esto probablemente se respondería por parte de un sector de la doctrina alegando que, cuando se dice que la peligrosidad es fundamento de la medida de seguridad, se está, en verdad, optando por un mero “atajo”. Y que, en definitiva, ahora simplemente “hacemos sangre” de la forma en que se ha comprimido una idea más compleja. Es posible que haya algo de cierto en tal alegación. Sin embargo, lo que se quiere hacer notar aquí es que no es este un atajo neutral. Implica un salto lógico, pues no se explica por qué ha de gestionarse tal peligrosidad y, con tal omisión, se evita el espinoso problema (el verdaderamente trascendental) de en qué se diferencia tal explicación de aquella que se suministra para la institución de la pena cuando hablamos de medidas de seguridad de carácter inocuidador. Los “atajos” no tienen nada de malo cuando no se discute el camino. El problema es que no es ese el caso ante el que nos encontramos ahora.

La cuestión acerca del fundamento es mucho más compleja y se abordará con mayor detalle en el próximo capítulo, pero baste ya con apuntar que al fundamento de las medidas de seguridad hay que darle respuesta desde el planteamiento de por qué el Estado debe protegernos de peligros y con qué límites. Y el problema más importante reside en si, planteada la cuestión en estos términos, es posible escindir el fundamento de penas y medidas y, en su caso, cómo.

No es, por cierto, un argumento contra estas consideraciones el hecho de que el propio Código penal disponga expresamente lo contrario (así lo hace en su art. 6.1 cuando establece que “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan”). Y no lo es por la sencilla razón de que el Código penal puede hacer muchas cosas, pero no, desde luego, crear lenguaje. El lenguaje es condición del Código penal, no resultado. Por ello, cuando el Código penal dice que la peligrosidad del sujeto fundamenta las medidas de seguridad simplemente emplea mal el lenguaje y contribuye a una confusión de la que probablemente sea el principal causante.

criminalidad coordinando racionalmente sus dos medios específicos de reacción: la pena (cuyo presupuesto es la culpabilidad) y la medida de seguridad (cuyo presupuesto es la peligrosidad criminal del sujeto)” (p. 583). Sin embargo, en nuestra opinión, de esta importante constatación el autor no extrae todas las relevantes consecuencias que se derivan de ella. En un sentido próximo, en lo que a la necesidad de una fundamentación de la pena que trascienda la mera retribución se refiere, defiende PEÑARANDA RAMOS, E., “La pena: nociones generales”, p. 260, que “[p]ara quien sostenga una concepción de la pena que no sea absoluta, la pena encuentra un fundamento adicional en la necesidad de prevenir la comisión de otros delitos, como garantía del pacífico disfrute de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico y de la propia subsistencia del orden social”.

Es posible que estas últimas disquisiciones parezcan puramente formales. Sin embargo, creemos que su trascendencia práctica es muy importante. Resulta imprescindible aclarar la cuestión del fundamento de las medidas de seguridad para poder determinar su correcta relación con las penas, dado que, como es sabido, incurrir en *bis in idem* presupone la triple identidad de sujeto, hecho y, en lo que aquí importa, fundamento⁸⁵⁸. Pero no solo ello: dado que resulta difícilmente discutible la semejanza material entre buena parte de las penas y algunas medidas, el distinto fundamento es, en diversas ocasiones, empleado como criterio de delimitación de unas y otras. Si el fundamento no fuese claramente escindible, caería uno de los presupuestos en los que se sustenta la diferenciación de ambas instituciones jurídicas.

En este sentido, conviene partir de que la fundamentación de un instituto jurídico depende esencialmente de dos cuestiones: su necesidad/utilidad y su admisibilidad en términos éticos. La aplicación de lo dicho hasta aquí sobre “el problema del fundamento” a la institución de la pena puede, quizás, arrojar algo de luz.

Se ha sostenido que la culpabilidad no es fundamento de la pena (simétricamente, la peligrosidad no lo sería de la medida). Es un presupuesto más, junto a la comisión del delito. Esquemáticamente y desarrollando lo que se apuntaba antes: castigamos a alguien cuando ha delinuido y es culpable (presupuestos) con un determinado propósito (finalidad) de acuerdo con una concreta justificación (fundamento). Así, no se podría decir, sin más, que está justificado castigar a un sujeto culpable que ha delinuido: falta una razón que legitime el castigo y esta no reside, o no solo, ni en el delito ni en la culpabilidad⁸⁵⁹. La justificación de la pena es lo que hace que “tengamos derecho”, como

⁸⁵⁸ En este punto existe una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Vid., por todas, STC 154/1990, de 15 de octubre.

⁸⁵⁹ Evidentemente, la separación entre presupuestos y fundamento no siempre es nítida. Es razonable que parte de los presupuestos de una reacción institucional pretendan asegurar la legitimidad última de esta (otra parte de ellos puede responder a motivos de la más diversa índole). De tal modo, parte de los presupuestos se “inspiran” en la justificación de la institución. Así, cuando falten los presupuestos de la pena (por ejemplo, no se haya cometido ningún delito o su autor no fuera culpable) esta será ilegítima. Esto no solo sucederá, que también, por una cuestión asociada al principio de legalidad y a la previsibilidad de las sanciones (y a los valores constitucionales que encarnan). Será ilegítima, además, porque la razón que la sociedad puede esgrimir para el uso de la pena se encontrará ausente. Cuando se castiga al inimputable, por ejemplo, y más allá de la discusión acerca de la utilidad de este castigo, la respuesta penal no será, en términos constitucionales, justa. Sin embargo, como atajos, o cristalizaciones imperfectas, de la razón última que son, no agotan la discusión del fundamento. El fundamento último requiere “algo más” que ser culpable y “algo más” que haber cometido un delito. Este “algo más” no es otra cosa, al final, que la legitimidad misma del sistema. Si quien esto escribe

sociedad, a castigar precisamente a estos sujetos. Y la invocación de ese derecho no se sustenta con meras alegaciones a lo que el sujeto ha hecho o a lo que el sujeto es⁸⁶⁰. Es preciso, en la línea de lo apuntado antes, algún vínculo entre el sujeto y la comunidad que lo hace responsable⁸⁶¹. Y parece sensato, y esto no es (hasta donde se nos alcanza) discutido hoy, que se exija también que tal castigo reporte algún beneficio a la comunidad, aun entendiendo este de una forma muy lata. Poco sentido tendría perjudicar a un sujeto para no beneficiar a nadie. El fundamento de la pena (y de la medida) requerirá entonces de tres elementos: utilidad, vinculación y eticidad.

Aunque este planteamiento puede evocar en algún punto a la propuesta *hartiana* de justificar dos planos diferentes de la pena (la pena en tanto que institución, por un lado, y su imposición a un sujeto concreto, por otro), consideramos inadecuado este enfoque, pues traza una distinción artificiosa entre ambas facetas⁸⁶². Ante la sociedad no hay que justificar solo la pena como institución, como parecería sugerir HART (o, al menos, algunas interpretaciones que de lo mantenido por él se hacen), pues aquella no tiene

podría alzar en armas mañana a un buen puñado de hombres y mujeres, hacerse con el poder del Estado y reformar el Código penal a su antojo, aunque el resultado final de este último fuera mejor que el de los más utópicos sueños de la doctrina más garantista, la pena no sería legítima por el mero hecho de que fuera un concreto colectivo que se ha arrogado para sí mismo el poder el que la impusiera (por mucho que dijera hacerlo en nombre de otros). Sin embargo, ha sido este un paso demasiado largo, pues no permitiría ya discriminar entre la legitimidad de unas instituciones y otras. Así pues, es preciso encontrar un punto intermedio entre la legitimidad del sistema como un todo y la fundamentación tautológica de una institución que se agota en sus presupuestos. Esta fundamentación debería responder a la pregunta que cuestiona por qué en un Estado legítimo esa institución concreta es a su vez legítima. Debe servir, entonces, de argumento puente entre la terrenal institución y la justificación global del sistema y, en consecuencia, ha de ser coherente con ambas. Esta demanda de coherencia hace, de nuevo, que la legitimación no pueda ser meramente utilitaria, pues no encajaría en la “razón última”. Concretar cuál sea esta fundamentación (esta “razón puente”) excede, como fácilmente se comprenderá, del propósito de este trabajo. Pero en líneas generales se debería corresponder, como se apuntaba antes, con la idea de necesidad, eticidad y vinculación. Ello, en el caso de la pena, conduciría de nuevo al debate sobre el concepto *material* de culpabilidad (vid. supra, Capítulo IV, epígrafe VII). El “problema” aquí es que un procedimiento análogo ha de ser recorrido en relación con las medidas y, si bien es cierto que las diferencias con las medidas de corte terapéutico-asistencial pueden ser en algunos aspectos evidentes (especialmente en el segundo de los puntos indicados, eticidad), la cuestión se complica en extremo en relación con las medidas de seguridad impositivas a sujetos plenamente responsables. Estas, como las penas, han de ser útiles e imponerse a un sujeto de algún modo vinculado con el ordenamiento. Pero también precisan de una explicación ética (que pueda responder a la pregunta “¿por qué a mí?”). Y si no hay motivos para pensar que los dos pasos anteriores sean muy distintos en el caso de penas y medidas inculpativas a imputables, como veremos luego (vid. infra, Capítulo VI, epígrafe III), tampoco parece haberlos para pensar que aquí haya grandes diferencias.

⁸⁶⁰ En caso contrario, ¿cuál sería la razón para no castigar a un sujeto extranjero imputable que comete un delito y que nunca ha pisado territorio español cuando de ello pudiera derivar utilidad y no se generase ningún conflicto? Las normas de vigencia espacial parecen responder, entre otras cuestiones, a esta problemática de la legitimidad.

⁸⁶¹ Vid. supra, Capítulo III, epígrafe II y Capítulo IV, epígrafe VII.

⁸⁶² HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, pp. 3 y ss.

por qué ser indiferente ante la suerte que corra el sujeto al que se imponga. La sociedad está también en su derecho de reclamar que la imposición de una pena no responda solo a la mera utilidad. Del mismo modo, no basta, para justificar la pena ante el sujeto concreto apelar a su merecimiento. Cada imposición de la pena debe justificarse también ante toda la comunidad. Este bien podrá merecerla, pero la comprensión de su “sacrificio” no puede ser completa sin la alusión al beneficio que obtiene la sociedad del mismo. Sin tal ganancia, sería difícil justificar la pena ante el sujeto que dijera: “de acuerdo, lo hice, pero, ¿qué sacáis de esto? ¿No os estáis solo recreando con mi sufrimiento?”.

Los razonamientos anteriores son perfectamente trasladables al ámbito de las medidas de seguridad. Además, todas estas consideraciones entroncan directamente con una de las facetas tradicionalmente más descuidadas de su estudio: el de su debida fundamentación ética, trascendente de lo puramente utilitario. Sobre esta cuestión profundizaremos más adelante⁸⁶³.

VII. El presupuesto del delito previo

No desarrollaremos ahora la compleja e interesante cuestión de qué hemos de entender como “delito” a efectos de la imposición de medidas de seguridad. En todo caso, es preciso apuntar, al menos, que en los últimos años la doctrina ha señalado con acierto que el concepto de injusto (“acción típica y antijurídica”) más asentado sería difícilmente realizable por el sujeto inimputable. La presencia de elementos subjetivos ya en sede de antijuridicidad (fundamentalmente, aunque no solo, el dolo) podría conducir a que en determinadas situaciones de inimputabilidad un sujeto produjera resultados lesivos de enorme gravedad sin que de su acción se pudiera predicar la cualidad de dolosa ni, tan siquiera, imprudente (por ejemplo, por actuar el sujeto, se dice, en un supuesto de error de tipo invencible)⁸⁶⁴. Ello tendría importantes consecuencias prácticas⁸⁶⁵. En particular:

⁸⁶³ Vid. infra, epígrafe VIII de este mismo Capítulo y Capítulo VI, epígrafe III.

⁸⁶⁴ En palabras de SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coords.): *Dogmática y Ley penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 885, “si se entiende que la antijuridicidad es presupuesto inexcusable de cualquier consecuencia jurídico-penal, la inclusión de los elementos de dolo e imprudencia en el referido nivel sistemático de la antijuridicidad parece disponer un obstáculo insalvable a la imposición de medidas de seguridad en los casos de error de tipo, incluso en aquellos en que se determine que dicho error ha sido absolutamente condicionado por alteraciones psíquicas”. Esto pone de manifiesto que este problema (y también, por cierto, otros) se podría resolver sencillamente trasladando el dolo a la culpabilidad.

⁸⁶⁵ En todo caso, y como señala JOSHI JUBERT, U., “Algunas consideraciones sobre la ‘infracción penal’ cometida por un enfermo mental”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.): *Estudios de derecho penal: homenaje al*

no cabría legítima defensa frente a una agresión de esta naturaleza (por no ser una agresión “ilícita” a los efectos del art. 20.4ª CP), quedaría impune la participación de otros sujetos en el hecho, siempre que no se incurriera en un supuesto de autoría mediata (en virtud del principio de accesoriadad limitada, que demanda que se participe de un hecho, al menos, antijurídico), no cabría, en principio, exigir responsabilidad civil *ex delicto* (pues no habría delito del que derivar tal responsabilidad) y, finalmente, y esto es lo que más importa ahora, no cabría imponer una medida de seguridad, pues faltaría el delito, su pretendido presupuesto⁸⁶⁶.

Sobre esta última cuestión, la más directamente implicada con el tema que ahora abordamos, nos limitaremos a apuntar que quizás no sea necesaria una “alta dogmática” en este punto (como seguramente sí lo sea en los otros casos) para resolver la cuestión, sino que basta para ello una somera atención al (razonable) Derecho positivo. Para empezar, el Código penal no exige en ningún momento la previa comisión de un delito si por este entendemos “hecho típico y antijurídico” como requisito para imponer una medida de seguridad. En realidad, lo que demanda es la “comisión de un hecho previsto como delito” (arts. 6.1 y 95.1 CP). Cómo se deba interpretar el entrecomillado es, desde luego, discutible. Pero parece que si tenemos en cuenta la regulación de los arts. 95 y ss. CP que contemplan la imposición de las medidas de seguridad en los supuestos de las causas de inimputabilidad previstas en el art. 20.1ª, 2ª y 3ª CP, deberíamos interpretar lo dispuesto en el art. 6.1 CP de la manera en que lo establecido en los arts. 95 y ss. CP no resultara, casi por definición, inaplicable, lo que nos llevaría a concebir el “hecho previsto

profesor Santiago Mir Puig, BdeF, Montevideo, 2017, p. 644, las anomalías y alteraciones psíquicas que un sujeto padezca pueden incidir en otros muchos lugares de la teoría jurídica del delito. Así, “pueden afectar a la acción, al conocimiento de los hechos típicos, a la voluntariedad de los mismos, al conocimiento de la situación de justificación, dar lugar a situaciones de miedo insuperable, o llevar más fácilmente a situaciones de trastorno mental transitorio”. A ello, añadiríamos nosotros, se le deberían sumar otros problemas como el de la capacidad de acción en delitos omisivos, el del modo en que se ha de concebir la tentativa y el de la concurrencia, o no, de elementos subjetivos especiales (como el ánimo de lucro o el de injuriar).

⁸⁶⁶ Para un pormenorizado análisis de estas cuestiones nos permitimos remitirnos a, MARTÍNEZ GARAY, L., “Imputabilidad y elementos del delito”, pp. 93 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, 2008, pp. 113 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, *InDret*, n.º 3, 2014, pp. 1-21; y JOSHI JUBERT, U., “La ‘infracción penal’ cometida por un enfermo mental”, pp. 646 y ss., que han abordado estas cuestiones mucho mejor de lo que nosotros podríamos tratarlas aquí.

como delito” en términos fundamentalmente objetivos⁸⁶⁷. Dicho claramente: si el presupuesto de las medidas requiere implícitamente algún grado de imputabilidad y el Código dispone que se impongan a inimputables nos encontramos ante una contradicción. Por fortuna, no se trata de una contradicción insalvable.

Incluso aunque se sostuviera, y creemos que no sería muy razonable, que el “hecho previsto como delito” no puede ser entendido en términos esencialmente objetivos, la situación no estaría resuelta. Nos encontraríamos, entonces, ante una antinomia, pues el art. 6 CP diría que no se puede hacer algo que los arts. 101 y ss. CP expresamente permiten. Contra una inexplicable tendencia en la doctrina penal que suele conceder soterradamente jerarquía normativa a los preceptos más generales frente a los particulares (contra una máxima interpretativa como *lex specialis derogat generali*) pese a contar con idéntico rango normativo y haber sido promulgadas en un mismo momento, parece que no hay motivo alguno para conceder más fuerza al art. 6 CP que al resto de preceptos implicados⁸⁶⁸. No puede serlo, desde luego, una pretendida “interpretación sistemática” que produciría prácticamente la derogación de varios preceptos que podrían “salvarse” por otras vías⁸⁶⁹. En lo que sigue, la referencia a delito ha de entenderse, entonces, en este sentido objetivo.

⁸⁶⁷ En este sentido era rotundo SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?”, p. 887, cuando decía que “tiene sentido sostener que el concepto de antijuridicidad que constituye el presupuesto de la imposición de medidas de seguridad no presupone, como requisito necesario, la concurrencia efectiva de elemento subjetivo alguno (ni la voluntariedad de la acción, ni el dolo, ni otros elementos subjetivos); puede configurarse, pues, de modo estrictamente objetivo. Tal objetivización, que implica que la imposición de medidas no requiera como presupuesto la antinormatividad del hecho cometido, viene precisamente impuesta por los fines de las medidas de seguridad”; añadiendo, además, que “ni siquiera puede sostenerse que la literalidad de la ley constituya una barrera insalvable a la interpretación teleológica en este punto” (p. 888).

⁸⁶⁸ Esto no debería llevar necesariamente a una “ruptura del concepto unitario de injusto”, frente a lo que señala SILVA SÁNCHEZ, J. M., *InDret*, 2014, p. 11. De hecho, tampoco sería necesaria su reformulación (en la línea de lo propuesto por MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, pp. 137 y ss.). Se podría sostener, por el contrario, que el injusto sigue siendo el mismo a todos los efectos, solo que la imposición de medidas de seguridad no requiere injusto alguno, sino “otra cosa”. Allí donde el concepto de injusto siga siendo necesario será el mismo para imputables e inimputables. Esto es algo que puede parecer una mera trampa terminológica, pero en verdad no es tal. En ningún momento el legislador ha exigido expresamente que se requiera lo que la doctrina considere como un “injusto” para imponer las medidas de seguridad. El legislador ha exigido lo que ha considerado oportuno (un “hecho previsto como delito”), mientras que la doctrina ha querido “traducirlo” a su propio sistema como “injusto”. Del hecho de que de la disposición “traducida” resulten problemas no se puede derivar que estos estén en la disposición en cuestión; podrían estar perfectamente en la propia traducción realizada.

⁸⁶⁹ Una interpretación que aquí, además, jugaría con la polisemia del término “sistemático”. La interpretación sistemática hace referencia a la manera en que un precepto encaja con el resto del

Concebir el presupuesto básico para la imposición de medidas de seguridad en términos esencialmente objetivos, como aquí hacemos, no debe hacer temer (si es que acaso esto debe temerse) que, como consecuencia, los “inimputables” que actúen en error de tipo o de prohibición o en quienes concorra una causa de exclusión de la culpabilidad queden descartados de antemano como sujetos a los que pudieran resultar de aplicación los regímenes jurídicos (más beneficiosos por no acarrear medidas de seguridad) de esas otras instituciones. Lo único que decimos es que, cuando el sujeto es inimputable, todo lo que se exige para la imposición de una medida de seguridad es un “hecho [objetivo] previsto como delito”. Creemos, también, que a veces se enfoca mal el problema del “error del inimputable” y que es el fallo en el enfoque lo que genera más problemas de los que resuelve. Si partimos, como ha de hacerse, de que el inimputable “no existe” (sino que existe el sujeto que actúa en un estado de inimputabilidad), no existe tampoco el “error del inimputable” porque el sujeto que actúa en un estado de inimputabilidad (incapaz de comprender el sentido de la norma) lo hace, por definición (y dejando al margen los extraños supuestos de inimputabilidad por déficits volitivos), en un error⁸⁷⁰. Es una reiteración decir que el inimputable yerra, pues siempre lo hace. Todo acto jurídico-penalmente relevante del sujeto que actúa en un estado de inimputabilidad es un error en sentido penal, pues es una lesión de un bien jurídico en un estado de desconocimiento fáctico o jurídico. Lo que distingue un error (de tipo o de prohibición) de un supuesto de inimputabilidad no son sus efectos sobre el individuo (coincidentes), sino sus causas (que explican, a su vez, el distinto tratamiento jurídico). No tiene, pues, sentido preguntarse si un inimputable actúa bajo un error (la respuesta siempre es “sí”). Lo correcto es preguntar si un sujeto actúa en un estado de inimputabilidad (por el origen patológico de su error) o en un supuesto de error de tipo o de prohibición (por un origen distinto)⁸⁷¹. Según se encuentre

Derecho positivo y no a la forma en que lo hace en un concreto “sistema” del delito. Es cierto que las relaciones entre ambos procederes interpretativos son complejas, pues el sistema del delito se fundamenta a su vez (o debería hacerlo) en el Derecho positivo, pero el que la interpretación de un precepto no encaje en un concreto sistema del delito nada dice, por sí mismo, acerca de si encaja en un concreto Derecho positivo.

⁸⁷⁰ Sobre el citado punto de partida, vid. supra, notas 747 y 748 y texto al que acompañan.

⁸⁷¹ Lo que supone, creemos, seguir el camino emprendido por MARTÍNEZ GARAY, L., “Imputabilidad y elementos del delito”, p. 124, quien sostiene que el tratamiento jurídico del error del inimputable debe atender a si el error tiene su *origen* en su inimputabilidad o en otro factor. Se trataría, en efecto, de determinar en cuál de las dos posibles causas concurrentes tiene su origen el error, pero partiendo de que, si nos decantamos por el error *ex art. 14 CP* no existiría, en cierto sentido, solapamiento alguno. En todo supuesto de inimputabilidad hay solapamiento con los errores, pero nunca hay solapamiento cuando resulta de aplicación el art. 14 CP por la sencilla razón de que el sujeto que yerra, si no lo hace como consecuencia de su anomalía o alteración psíquica, no es inimputable (porque la inimputabilidad se constata en ese mismo hecho, y no en relación con ningún otro). Dicho de otro modo, por definición, al inimputable no le resulta de aplicación el art. 14. Si concurren los presupuestos del art. 20.1^a CP se deberá aplicar este con preferencia al art. 14 CP, porque junto a los efectos, estos preceptos se remiten directa o indirectamente a sus causas y aunque un mismo sujeto puede padecer simultáneamente los efectos de los art. 14 y 20.1^a, no puede tener simultáneamente dos causas: anomalía o alteración psíquica (*ex art. 20.1^a CP*) y, *sensu contrario* [avalado por los distintos efectos jurídicos dispuestos, impunidad frente a tratamiento], otra (*ex art. 14 CP*). Estas diversas causas constituyen el criterio de resolución del concurso de normas que efectivamente se da en atención al criterio de especialidad.

en uno u otro caso será de aplicación un distinto régimen jurídico⁸⁷². Existe, en definitiva, un concurso de leyes (se dan unos mismos efectos sobre el sujeto derivados de los errores) a resolver por especialidad (en atención a las distintas causas de tales efectos).

Dejemos ya, tras lo dicho, la polémica cuestión del injusto del inimputable y avancemos en aquellas cuestiones más trascendentes para la investigación que aquí se presenta. Es un lugar común en el debate actual sobre las medidas de seguridad penales el de que, por distintos motivos, no son asumibles aquellas que tengan naturaleza predelictual⁸⁷³. Formulado de la manera inversa: la previa comisión de un delito constituye un requisito ineludible para que la imposición de medidas de seguridad pueda ser reputada legítima⁸⁷⁴. En línea con lo que se apuntaba en el epígrafe anterior, la previa comisión de un delito es, *junto con* la existencia de un pronóstico de peligrosidad criminal, presupuesto de la imposición de medidas de seguridad. Precisamente por lo asentados que se encuentran estos postulados en la doctrina penal no nos detendremos ahora en su fundamentación y nos limitaremos, por el contrario, a poner en cuestión la verdadera vigencia práctica de los mismos.

Pese a lo extendido de la creencia, la de que las medidas de seguridad penales requieren siempre un delito previo, es quizás demasiado atrevida la afirmación que sostiene que nuestro ordenamiento no dispone de medidas de carácter predelictual. Más allá de la apuntada controvertida naturaleza de algunos de los supuestos de la prisión provisional, tiene cierto interés contemplar la normativa civil en la materia que, en ocasiones, parecería orientarse también a finalidades próximas a la prevención de delitos⁸⁷⁵.

Este planteamiento, más allá de los aciertos que pueda suponer en un plano estrictamente dogmático, comportaría también alguna consecuencia procesal. Así, en el caso de que aceptada en primera instancia la eximente del art. 20.1^a CP la sentencia fuera revocada en segunda instancia *únicamente* por no considerarse probada la anomalía o alteración psíquica, esta última resolución “traería a la vida” al art. 14 CP que pasaría a resultar de aplicación (vid. sobre la “vuelta a la vida” del precepto inicialmente desplazado, PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 59 y ss.). Todo este razonamiento tiene la ventaja, además, de insistir en una acertada idea de la autora: la imputabilidad se constata con respecto a hechos concretos.

⁸⁷² Para un mayor desarrollo de estas consideraciones, vid. supra, Capítulo III, epígrafe I.

⁸⁷³ Vid. supra, nota 376.

⁸⁷⁴ Vid., entre otros muchos, SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, pp. 119 y ss.

⁸⁷⁵ Sobre la primera de las cuestiones apuntadas, vid. supra, notas 164 y ss., y texto al que acompañan.

Así, por ejemplo, resulta útil comprobar la regulación de los supuestos de internamiento civil (art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); casos de reclusión que, a veces se dice, podrían estar enfocados no a una función estrictamente tutelar o terapéutica, sino también de control de peligros para terceros⁸⁷⁶. Esta consideración resulta de todo punto inadecuada. En este sentido tiene, sin duda, razón SANZ MORÁN cuando destaca que “en sus sucesivas versiones legislativas, el internamiento civil se nos ofrece como una técnica esencialmente tutelar, a la que resulta ajena la función de control de la peligrosidad criminal del sujeto”⁸⁷⁷.

Si la imposición de medidas de seguridad que pretendan evitar la comisión de delitos en el ámbito penal se encuentra revestida de mayores garantías, como efectivamente sucede, sería incorrecto mantener que para el caso de que no fueran aplicables estas (es decir, para el caso de que los límites con las que las hemos configurado, entre otros, la previa comisión de delitos, nos constriñeran de forma efectiva) tendríamos siempre a disposición el internamiento civil (como una suerte de “internamiento subsidiario”)⁸⁷⁸. La única interpretación coherente de la normativa civil y penal debe llevar a considerar que el internamiento correspondiente al primero de estos órdenes jurídicos cuenta con una exclusiva finalidad terapéutica o asistencial que no toma de ningún modo en consideración la eventual lesión de terceros (por ello, la existencia del delito previo se

⁸⁷⁶ Así, entre otros muchos, PÉREZ LLOSA, L., *Internamientos psiquiátricos*, p. 56. De forma algo más ambigua, FLORES PRADA, I., *Peligrosidad social predelictual y trastorno mental*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 195 y ss., ha sostenido que la peligrosidad no puede ser el único criterio legitimador del internamiento, pero que sería aceptable como tal si viniera además acompañado de alguna necesidad terapéutica. La duda que surge respecto de esta interpretación no es otra que la de si esta forma de comprender el internamiento civil no vuelve, sin más, superfluas las consideraciones acerca de la peligrosidad criminal y si, si fuera este el caso, no sería preferible admitirlo abiertamente.

⁸⁷⁷ SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 202.

⁸⁷⁸ Aunque es cierto que la comparación de ambas regulaciones no resulta una tarea sencilla, es claramente perceptible que el internamiento constitutivo de la medida de seguridad penal disfruta de más estrictas garantías: presupuestos legales más exigentes (trastorno psíquico, previa comisión de delito y pronóstico de peligrosidad criminal) frente a presupuestos vagos (únicamente trastorno psíquico), duración limitada del internamiento (por la pena que en su caso hubiera correspondido) frente a un internamiento potencialmente indefinido, un, en principio, mayor régimen de recursos contra el internamiento penal acordado en sentencia (apelación y casación) frente a un internamiento civil que admite solo recurso de apelación, un proceso de imposición que se demorará años frente a uno que podrá ser decidido en apenas días, etc. En todo caso, es preciso reconocer que se produce un cierto desfase en lo que al régimen de seguimiento y eventual revocación se refiere: al menos anual en el supuesto de la medida de seguridad (*ex art. 98 CP*) y al menos semestral en el caso del internamiento civil (*ex art. 763.4 LEC*). Aunque la divergencia entre un régimen jurídico y otro podría obedecer, en este punto, al distinto fundamento de ambas instituciones, quizás sería deseable homogeneizar ambos. Al fin y al cabo, no parece que el trastorno presupuesto por una u otra medida vaya a tener, por principio, una duración mayor en uno u otro caso.

vuelve irrelevante, pues no hablamos de medidas de seguridad en ningún sentido). De lo contrario, se estaría haciendo de peor condición (por la vía de un tratamiento jurídico con menos garantías) al inimputable que no delinque que a aquel que sí lo hace, lo que no puede tener ningún sentido⁸⁷⁹. Podríamos estar de nuevo, en definitiva, ante un “fraude de etiquetas”⁸⁸⁰.

Más problemático se antoja, sin embargo, un reciente, y hasta donde se nos alcanza desconocido por la doctrina penal, art. 778 bis LEC, que permite el internamiento de menores sometidos a tutela o guarda pública en centros “de protección” especiales en atención a sus “problemas de conducta”⁸⁸¹. Dicho precepto (incluido por la L.O. 8/2015) se remite a los arts. 25 y ss. de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (incluidos también por la señalada L.O. 8/2015). Tales centros, según el art. 25.1 de dicha ley, “estarán destinados al acogimiento residencial de menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con *problemas de conducta, que presenten conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros*, cuando además así esté justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada”. Problemas de conducta que, en todo caso, no han de confundirse con problemas estrictamente psiquiátricos, pues, tal y como dispone el art. 26.2 del mismo cuerpo legal, “no podrán ser ingresados en estos centros los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico

⁸⁷⁹ Puede respaldar esta concepción la propia Disposición Adicional Primera del Código penal, que impone al Ministerio Fiscal solicitar el internamiento del inimputable *si este fuera procedente* y no en todo caso. Igualmente, el art. 104.2 CP se remite a esta disposición cuando establece que en el momento en el vencimiento del internamiento penal esté próximo habrá de *valorarse* la posibilidad del internamiento civil. Así, el Código penal parte de que se trata de medidas de internamiento que no comparten un campo de aplicación idéntico.

⁸⁸⁰ En este sentido, SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 203. De igual modo se pronuncia JORGE BARREIRO, AG., “Crisis actual del dualismo”, p. 177, que, además, se pregunta si en estos casos no se estará “adoptando la ‘táctica del avestruz’, abandonando a su suerte al enfermo mental delincuente y peligroso, desentendiéndose de su incierto futuro”.

⁸⁸¹ Vid., para un detallado análisis del procedimiento para decretar este internamiento y de los problemas que supone, PÉREZ LLOSA, L., *Internamientos psiquiátricos*, pp. 118 y ss. y GONZÁLEZ MONJE, A., “Aproximación a algunos aspectos controvertidos del internamiento de menores por trastornos de conducta”, *Diario La Ley*, n.º 9.540, 2019, *passim*. Por otra parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2016, de 24 de junio, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, desarrolla un importante esfuerzo para tratar de dotar de un contenido más preciso a un marco legislativo llamativamente parco.

por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad”.

Nos encontramos en este caso ante un supuesto ciertamente problemático. Para empezar, por la escasa reglamentación de la forma en que estos menores serán privados de derechos⁸⁸². Por otro lado, resulta al menos llamativo que esta medida se encuentre limitada únicamente a menores sometidos a tutela o guarda pública. En este sentido, es preciso poner de manifiesto que no hablamos ahora de un internamiento o acogimiento ordinario de menores familiarmente desamparados que, lógicamente, se hallaría plenamente justificado, sino de un internamiento específico para aquellos menores que, entre todos ellos, presenten “problemas de conducta”. Si la finalidad fuera en algún grado terapéutica o asegurativa, la reducción del alcance de la institución a este colectivo de menores resultaría en algún grado arbitraria⁸⁸³. Finalmente, y es este el problema más importante en lo que a este trabajo respecta, parece claro que, bien observada, esta institución no es más que una medida de seguridad predelictual específicamente orientada a menores. Es cierto, se podría alegar, que precisamente por tratarse de menores resulta esta menos problemática (al fin y al cabo, ser paternalistas y perfeccionistas con menores, puede llegar a ser parte del propio proceso de formación educativa).

En todo caso, parece claro que nos situamos ahora frente a medidas de seguridad predelictuales y/o medidas de seguridad que atienden a la “peligrosidad social”. Son requisitos para su imposición, por un lado, que el menor no haya cometido delitos y, por otro, que no padezca trastorno psíquico alguno que requiera tratamiento. De nuevo se reproduce aquí, entonces, el mismo problema que apuntábamos antes sobre la necesidad

⁸⁸² A modo de ejemplo, el art. 28 de esta ley habilita la posibilidad de emplear medidas de contención mecánica cuya utilización, más allá de genéricas apelaciones a su naturaleza de *ultima ratio* y de su restricción a supuestos en los que existan graves peligros propios o de terceros, que “deberá realizarse con equipos homologados de contención mecánica, bajo un *estricto protocolo* [¡!]”. Qué se pueda considerar “estricto protocolo”, quién sea competente para desarrollarlo, o cuáles habrán de ser las necesidades de concreción del mismo, es algo respecto de lo que no se suministra información alguna. Por otra parte, como señala GONZÁLEZ MONJE, A., *Diario La Ley*, p. 3, nada se dice en la ley acerca de a quién corresponde diagnosticar el trastorno o qué se ha de entender por “trastornos de conducta o conductas disruptivas o disociales”. Tampoco, prosigue, se establece la edad mínima a partir de la cual el internamiento será lícito, por lo que la laguna es colmada por normativa autonómica con el consiguiente tratamiento dispar (p. 4).

⁸⁸³ No cabría apuntar que en los supuestos de menores sometidos a la patria potestad y custodia de sus progenitores esta medida no sería precisa, pues ya “habría alguien ocupándose de ellos”. Esto por la sencilla razón de que la necesidad de atender al menor se encontraría ya colmada con la tutela o acogimiento ordinario de la Administración Pública.

de deslindar el ámbito de aplicación de la medida de seguridad penal de internamiento y el internamiento civil. Si el legislador ya ha previsto las formas de internamiento adecuadas para los menores en los supuestos de comisión de delitos (en este caso, en la L.O. 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores), poco sentido tiene interpretar otras formas de privación de libertad de manera que el ordenamiento suministre un tratamiento jurídico más gravoso para aquellos menores que no delinquen únicamente (y en la interpretación más favorable a la buena fe del legislador) porque quizás lo hagan. Aquí, no obstante, emerge una complicación adicional y es que, como veíamos, este especial internamiento tampoco puede ser reconducido a uno de carácter médico; de manera que queda a medio camino entre lo inculizador y lo terapéutico sin ser exactamente ni una cosa ni la otra. Esta reciente y extraña figura no ha sido debidamente analizada por la doctrina y merecería, seguramente, una mayor atención.

En todo caso, a modo conclusivo de este epígrafe, cabe apuntar que, en atención a lo expuesto, el requisito del delito previo se difumina (no siempre parece claro si con buenas razones) en cuanto se abandona lo contemplado en el Código penal y se acude a otros cuerpos legales. Así, se aprecia bien en este campo como la “huida *del* Derecho penal” (y de sus garantías) se emplea también como estrategia elusiva de las restricciones normativas que lo acompañan.

VIII. La necesidad de una fundamentación ética de las medidas más allá de la utilidad

Aclarado así el panorama en lo que a los presupuestos de la imposición de medidas se refiere, es momento de profundizar en otras cuestiones que cuentan con una misma importancia capital. En el estudio de las medidas de seguridad es muy habitual encontrar referencias a su utilidad: la necesidad de contar con algunos medios que nos protejan (como individuos, pero también como sociedad) de graves peligros. De hecho, buena parte del desarrollo teórico de las medidas de seguridad partía de su utilidad como medio de protección⁸⁸⁴. Esto, sin embargo, resultaba a todas luces insuficiente para justificar su

⁸⁸⁴ El origen más claro, se dice con frecuencia, de tratar de articular un sistema de medidas de seguridad de fundamentación netamente utilitaria se puede encontrar en EXNER. A la fundamentación, en sus orígenes, puramente utilitarista de las medidas de seguridad culpa FRISCH. W., *InDret*, 2007, p. 10, de buena parte de sus problemas actuales (comprendiendo también la denominada “crisis de la doble vía”). Así, tal situación problemática sería “la consecuencia de una serie de objeciones a las que el instituto de las medidas estaba expuesto desde sus comienzos y que nunca fue realmente elaborado del todo de forma convincente. Dicho en pocas palabras: el instituto de las medidas fue primariamente

existencia, dado que la necesidad de algo nada dice sobre su legitimidad⁸⁸⁵. Pensar de otra forma aboca necesariamente a la falacia naturalista: dado que es así, así debe ser⁸⁸⁶.

RODRÍGUEZ MOURULLO, en un contexto jurídicamente convulso, fue el primero en sostener en España, hasta donde se nos alcanza, la necesidad de una justificación ética de las medidas de seguridad que fuera más allá de la utilidad que estas potencialmente pudieran reportar. Así, el autor citado sostuvo que las medidas de seguridad se legitiman cuando aportan asistencia (ayuda) a que el autor del delito pueda recobrar de algún modo su autonomía⁸⁸⁷. Posición que más adelante desarrollaría en alguna medida su discípulo JORGE BARREIRO, que llegaría a sostener que “[l]a justificación ética de la medida de seguridad se logrará en la medida en que aparece como medio dirigido a la recuperación de la plena dignidad humana. El fundamento de su aplicación no estriba sólo en conseguir la tranquilidad del mayor número de personas, ni en el principio cristiano de caridad, sino en el deber, de carácter jurídico-constitucional, que pesa sobre el Estado respecto a remover los obstáculos que se oponen al pleno desarrollo de la personalidad humana”⁸⁸⁸. Aunque, finalmente, este último autor optaría por rechazarla al considerarla “inaceptable” y defendería el planteamiento del principio del interés público preponderante como “el más apropiado”⁸⁸⁹.

elaborado desde un punto de vista puramente utilitarista y con ese fundamento fue incorporado a la ley. Prácticamente no se buscó una justificación ético-jurídica, y otros problemas relativos al Estado de Derecho casi no fueron discutidos”.

⁸⁸⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo II, 1965, pp. 782 y ss. Muy clara al respecto es también ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, p. 69, “en el marco de un Estado de Derecho, la sola utilidad social de la medida no constituye un argumento de legitimación suficiente, y las finalidades de resocializar y de aseguramiento, en sí mismas, tampoco pueden quedar exentas de toda discusión”. También STRATENWERTH, G., “Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender Sichernden Massnahmen“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, n.º. 105, 1988, pp. 105 y ss.

⁸⁸⁶ Por ello, es de celebrar, como hace SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, pp. 84 y ss., que en los últimos tiempos estemos asistiendo a una refundamentación de las medidas de seguridad que transita de lo utilitarista a lo ético.

⁸⁸⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 781 y ss. Idea que, por cierto, encaja francamente bien con la reclamación que desde otra parte de la doctrina ha llevado a cabo URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, pp. 20 y ss., de reconocer, aunque solo fuera por expreso mandato constitucional, que las medidas de seguridad, y no solo las penas, han de estar orientadas a la resocialización del sujeto al que son impuestas.

⁸⁸⁸ JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, p. 84.

⁸⁸⁹ JORGE BARREIRO, AG., “Crisis actual del dualismo”, p. 153.

Esta clase de planteamientos, evidentemente, dejaría huérfanas de legitimidad a las medidas de seguridad de contenido inoquizador. Sin embargo, en ello no debe verse un *defecto* de la teoría, sino más bien una *consecuencia* (o producto) inevitable: las medidas de seguridad terapéuticas y las medidas de seguridad inoquizadoras no pueden compartir fundamento⁸⁹⁰. Aunque en principio es sencillo diferenciar los motivos de la imposición de una medida terapéutica de aquellos que legitiman la imposición de la pena, no parece que se pueda decir lo mismo en cuanto a las medidas de carácter inoquizador. De hecho, aquí topamos ya con una cuestión relevante que será tratada en mayor detalle más adelante. Resulta llamativo que bajo la etiqueta “medida de seguridad” comprendamos instituciones tan heterogéneas. La medida de seguridad inoquizadora, muy especialmente cuando se impone a un sujeto plenamente responsable, tiene mucho más en común (en forma y en fundamento) con la pena que con la medida terapéutica.

En todo caso, es preciso no dar por concluidas las consideraciones en torno a la fundamentación ética de las medidas de seguridad terapéuticas. De forma reiterada se ha dicho, no sin razón, que la fundamentación de este instituto resulta más sencilla que la de aquellas que tienen carácter inoquizador⁸⁹¹. Ahora bien, que su fundamentación resulte más sencilla no quiere decir, en ningún caso, que sea fácil alcanzarla. El componente tutelar o terapéutico de estas restricciones de derechos hace que sea sencillo constatar que estas se producen *también* en beneficio del sujeto de las sufre. Es necesario encontrar una explicación, sin embargo, valorativamente consistente a por qué se lleva a cabo esta forma de tratamiento de forma coactiva. Al fin y al cabo, en la ejecución de las medidas de

⁸⁹⁰ Por ello, consideramos que yerra FRISCH, W., *InDret*, 2007, pp. 19 y ss., cuando manifiesta que “la tan citada frase según la cual aquel que —como persona sometida a la medida— no posee libertad interna, no puede pretender libertad externa, resulta de escasa ayuda ya porque con ella difícilmente se pueda justificar medidas (pero tampoco penas fundadas sólo en la prevención especial) frente a personas plenamente responsables, en tanto —en el marco de la pena— al mismo tiempo se parte de la responsabilidad de estas personas”. Este razonamiento no es correcto en la medida en que rechaza la conclusión a la que se llega simplemente por su falta de ajuste con la conclusión esperada. Un razonamiento que no conduce al lugar deseado no tiene por qué ser un mal razonamiento, el problema puede estar, sin embargo, en el punto al que se pretende llegar y para el que no se encuentra una cobertura teórica suficientemente sólida. Por los mismos motivos expuestos consideramos desenfocadas también las objeciones de SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 81, cuando considera esta falta de legitimación de la restricción de derechos de “delinquentes habituales peligrosos” como un fallo en la teoría de WELZEL para justificar éticamente la imposición de medidas de seguridad.

⁸⁹¹ Así, entre otros muchos señala FRISCH, W., *InDret*, 2007, p. 27, que “la legitimación de medidas preventivas frente a personas no responsables ofrece dificultades sensiblemente menores que frente a las plenamente responsables”.

seguridad (por muy terapéuticas que estas sean) los derechos de las personas cuya libertad se ve restringida “están en juego”⁸⁹².

En este punto resultan de enorme interés las consideraciones efectuadas por STRATENWERTH. El autor empieza por cuestionar la propia denominación que en Alemania se ofrece para el instituto de las medidas de seguridad terapéuticas, que son denominadas *Besserungsmaßnahmen* (medidas de mejora)⁸⁹³. Tal denominación no sería, en opinión del autor que aquí se comparte, inocua y pondría de relieve un importante problema: lo cuestionable de la “mejora” forzosa de adultos⁸⁹⁴. En este sentido, sería preciso interrogarse acerca de cuáles son los límites en los que un Estado puede de forma legítima emplear la violencia no ya para evitar delitos, sino para modificar al propio individuo⁸⁹⁵.

No resulta tan sencillo escapar a este planteamiento como, quizás, a primera vista podría parecer. Es ciertamente tentadora la opción de cortar el “nudo gordiano” que aquí se presenta y negar la premisa mayor: no se mejora a nadie *contra* su voluntad por la sencilla razón de que no existe una verdadera voluntad que se oponga a nada en estos supuestos de medidas de seguridad de mejora. Sin embargo, tal planteamiento es solo muy parcialmente correcto. El propio STRATENWERTH reconoce esta posibilidad. De esta forma, apunta que hay situaciones (como la de una grave anomalía o limitación psíquica) en las que el bienestar del sujeto podría legitimar una “mejora” de esta clase. Sin embargo, frente a este extremo, no resultaría difícil imaginar supuestos en los que estuviera fuera de duda el que la “normalización” coactiva de un sujeto en modo alguno pueda ser un

⁸⁹² POLLÄHNE, H. y BAUR, F., “Verfassungsrechtliche Grundlagen und Menschenrechte”, p. 31.

⁸⁹³ Las consideraciones que siguen son aplicables, en todo caso, también al ordenamiento español. De hecho, las pocas veces que esta denominación se ha llevado a cabo también por parte de nuestra doctrina, la denominación no es tan distinta. Vid., sin ir más lejos, el título de la monografía de SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad* y su explicación en el progresivo tránsito del componente asegurador de las medidas de seguridad a un mayor acento terapéutico (p. 75). Con un propósito similar al que aquí será defendido, trata de precisar los contornos conceptuales de estos institutos URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, pp. 1 y ss., que ha propuesto referirse a estas instituciones como “medidas de seguridad y reinserción social”, especialmente en atención a que la denominación como “medidas de reinserción social” (frente a “medidas de corrección”) cuenta con perfiles más firmes y realza, con una connotación menos etizante, un “límite claro a toda posible actuación sobre el sujeto, que en ningún caso podrá ir más allá de lo estrictamente necesario para su resocialización”.

⁸⁹⁴ STRATENWERTH, G., *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, p. 108.

⁸⁹⁵ *Ibíd.*, p. 109.

objetivo estatal legítimo. Entre ambos extremos nos encontraríamos con una amplia gama de supuestos dudosos donde la legitimidad de estas medidas no sería ni mucho menos clara, por ejemplo, en aquellos casos en los que un sujeto fuertemente dependiente de drogas o alcohol no quiere ser tratado⁸⁹⁶.

Por estas y otras razones considera STRATENWERTH que sería oportuno renunciar al concepto de mejora (*Besserung*) y asumir, simplemente, que algunas medidas restrictivas de libertad se dirigen *únicamente* a una finalidad de aseguramiento y otras, en cambio, se orientan *también* a una función de garantizar el bienestar de quien las sufrirá⁸⁹⁷. De esta manera se insiste, de nuevo, en la idea de dos instituciones diferentes dentro del macroconcepto “medida de seguridad” que se orientan a diversos objetivos. La existencia del “propósito adicional” en la medida de carácter terapéutico ayuda a entender también mejor por qué sus límites no se encuentran en ordenamientos como el nuestro tan rigurosamente constreñidos como en el caso de las medidas de corte inocuidador.

Estas afirmaciones son perfectamente válidas también para nuestro ordenamiento. Tan fácil resulta imaginar escenarios en los que el tratamiento terapéutico fuera no solo legítimo, sino también de imposición éticamente obligatoria por su carácter tuitivo-asistencial (pensemos en una esquizofrenia paranoide u otra clase de psicosis), como concebir supuestos donde es más que dudosa (más allá de la mencionada dependencia a sustancias podría constituir un interesante ejemplo el del sujeto que padeciera una depresión clínica severa). Tenemos dudas acerca de si puede ser legítimo tratar coactivamente al sujeto deprimido que, por ejemplo, lleva a cabo con frecuencia intentos autolíticos. De lo que no nos cabe duda es de que la eventual fundamentación de este tratamiento no es tan sencilla como a veces se parece sobreentender.

Este tipo de problemas se agrava, al menos en el caso español, por el (en principio) razonable régimen jurídico que se contempla en el Código penal para los supuestos de semiimputabilidad. En estos casos nos encontraremos ante sujetos lo suficientemente responsables para responder (parcialmente) por sus hechos, pero que serán objeto de un tratamiento terapéutico de carácter fuertemente invasivo y que, en principio, les podrá ser impuesto aun contra su voluntad (precisamente en el entendido de que esta voluntad se

⁸⁹⁶ *Ibíd.*, p. 109.

⁸⁹⁷ *Ibíd.*, p. 110.

encuentra “mermada” y de que, en consecuencia, quien la emite es un sujeto en algún grado incompetente para consentir aquello que se le va a hacer)⁸⁹⁸.

En todo caso, y aunque sobre esta cuestión profundizaremos en mayor medida en el próximo capítulo, baste por ahora con dejar plantada la semilla de la argumentación que seguirá. Resulta habitual leer (y escuchar) afirmaciones que sostienen que las medidas de seguridad son también necesarias para sujetos plenamente responsables porque la pena no alcanza a erradicar la peligrosidad criminal del autor o porque esta peligrosidad sobrevive a la pena⁸⁹⁹. Esta argumentación es indiscutiblemente incompleta. Lo cierto es

⁸⁹⁸ Lo cierto es que para estos supuestos aporta poca claridad la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, llamada a regular las condiciones en las que un paciente podrá aceptar o rechazar un determinado tratamiento. Así, el art. 5.2 de este texto legal establece que “el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión”, de manera que imputable o no, se tiene un derecho de información. Por otra parte, el art. 9.3.a dispone que no se precisará el consentimiento del paciente, sino el de su representante cuando el primero “no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”. Por su parte, el Reglamento Penitenciario (en sus arts. 183 y ss. destinados a regular el funcionamiento de las unidades psiquiátricas penitenciarias) establece únicamente en relación con lo que ahora nos importa que “en el momento de ingresar, el paciente será atendido por el facultativo de guardia, quien, a la vista de los informes del Centro de procedencia y del resultado de su reconocimiento, dispondrá lo conveniente respecto al destino de aquél a la dependencia más adecuada y al tratamiento a seguir hasta que sea reconocido por el psiquiatra” (art. 186.1). La Ley General Penitenciaria nada dice en este punto. Si a esto le sumamos que el art. 104.1 CP establece la posibilidad, entre otras medidas, de internamiento del semiimputable en determinadas condiciones (vinculadas a la gravedad del delito, peligrosidad y necesidad de tratamiento) nos encontramos con una regulación legal de estos supuestos extraordinariamente difusa y que proporciona pocas certezas para los sujetos que se verán sometidos a esta clase de tratamientos.

⁸⁹⁹ Así, por ejemplo, JESCHECK, H. H., y WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 83. También, entre muchos otros, MEZGER, E., *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1960, p. 299; CEREZO MIR, J., *Diario La Ley*, p. 9; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., (Dir.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 217 y 233; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, p. 298. De forma algo más matizada, SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 79. En este sentido igualmente, ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, p. 71, ha sostenido que “la existencia de un sistema de ‘medidas de seguridad’ dentro del derecho penal nació como un instrumento para compensar las deficiencias preventivas que revela el derecho penal de la culpabilidad clásico”. Sin embargo, como ella misma apunta luego, la idea de que como la pena limitada por la retribución es insuficiente para combatir la peligrosidad de algunos autores es necesario complementarla “no sólo no basta para legitimarlas [las medidas de seguridad], sino que es, justamente, el principal motivo para verlas como ‘sospechosas’” (p. 86). Este mismo razonamiento ha sido aplicado (a nuestro juicio, acertadamente) para analizar la eventual legitimidad del decomiso de ganancias. A este respecto, ha defendido CASTELLVÍ MONSERRAT, C., *InDret*, p. 20, que “el decomiso de ganancias es útil porque puede aplicarse en condiciones en las que no cabría imponer una pena. Esto es, porque se puede decomisar en circunstancias en las que no cabría castigar. No obstante, las mismas razones que justifican la utilidad del decomiso de ganancias pueden poner en duda su legitimidad”. Todas estas apreciaciones ponen en primer plano un problema central para la dogmática de las consecuencias jurídicas: la utilidad de una institución desempeña sistemáticamente un papel ambivalente. Por un lado, siempre es necesario que una privación de

que no es preciso sostener que la pena no pueda dar respuesta a la peligrosidad criminal subsistente en el autor; la pena no es algo ontológico y preexistente que pueda, o no, cumplir determinadas funciones.

La pena es configurada por la sociedad en sus límites y contenidos y, por ello, es incorrecto (o incompleto) decir que la pena no pueda hacer nada con la peligrosidad del sujeto. Lo correcto (o completo) es, en su caso, decir que no queremos que la pena lo haga, que con el pasar de los años hemos establecido unos límites y garantías al poder punitivo del Estado para evitar que la persecución de fines de dudosa compatibilidad con la autonomía y dignidad del sujeto puedan ser perseguidos sin freno alguno. Hemos de preguntarnos, entonces, si los mismos argumentos que en su momento sirvieron para desterrar esa finalidad de las penas deberían ser aplicables también para excluirlos de las medidas de seguridad que pudieran aplicarse a sujetos responsables⁹⁰⁰. Como se dijo, sobre esto se volverá más adelante.

IX. Conclusiones parciales

En las páginas anteriores se ha tratado, esencialmente, de alcanzar dos objetivos. Se ha intentado, por un lado, esbozar el lugar que ocupan las medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico español, lo que ha permitido evidenciar la ampliación de su ámbito de actuación en los últimos años. Por otro lado, se ha intentado poner en cuestión algunos de los aspectos sobre la teoría de las medidas de seguridad que se encuentran más asentados. Se ha cuestionado que su origen sea fruto de la aparición de la Escuela Positiva y de postulados teóricos similares, pues las raíces de las medidas de seguridad se hunden, sin riesgo de proyectar concepciones presentes en el pasado, en tiempos muy anteriores.

derechos sea útil, pues cualquier restricción inútil será injustificada (vid., al respecto, PÉREZ MANZANO, M., *InDret*, p. 6). Por otro lado, ir más allá en la búsqueda de utilidad de lo que nos permiten los límites de legitimidad de una institución acudiendo a otra puede ser (y, de hecho, muchas veces es) un recurso formal para transgredir exigencias materiales. Expresado de manera imprecisa, pero gráfica: una restricción de derechos inútil resulta injustificada, pero una restricción de derechos *demasiado* útil será siempre sospechosa.

⁹⁰⁰ Por eso, tiene razón FRISCH, W., *InDret*, 2007, p. 11, cuando señala que “abandonar la concepción sobre las medidas en favor de una pena adecuada a la finalidad resultaría apresurado, sobre todo porque las principales objeciones esgrimidas contra el concepto de medida en verdad no se refieren sólo a él, sino también a toda pena adecuada a una finalidad preventivo-especial”. Así, “la crisis de la doble vía, en esta medida, es también la crisis de la prevención especial; sólo que ella alcanza con mayor fuerza al instituto de las medidas preventivas, porque estas constituyen las representantes más expuestas de la prevención especial”. No se trata, en definitiva, de discutir acerca de dónde ubicar estas necesidades preventivas, sino, más bien, de decidir cuáles son sus límites. De este modo, la cuestión de su ubicación (aparentemente tan problemática) ve disuelta su importancia de forma rápida.

Se ha puesto de relieve la existencia de dos sistemas paralelos de garantías, que podrían no responder bien a dos sistemas no tan paralelos de sanciones. Se ha cuestionado, no por un prurito lingüístico, sino por su importante repercusión práctica, aquella reiteradísima afirmación (también por el Código penal) de que el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto al que se impone. La aclaración conceptual no deja otra alternativa que considerar a la peligrosidad como un requisito (o presupuesto) de su imposición, junto al delito, pero nunca como el fundamento de las medidas de seguridad. Por último, se ha puesto de relieve la poca atención que tradicionalmente se ha prestado a la cuestión de la fundamentación ética de las medidas de seguridad y al hecho de que esta no puede ser la misma para las medidas previstas para sujetos imputables (esencialmente inocuizadoras) y las previstas para sujetos inimputables (prioritariamente terapéuticas). La cesura entre la justificación ética de las medidas de seguridad para imputables y las penas, ha sido ya apuntado, tampoco parece sencilla.

El propósito de las próximas páginas no es otro que el de tratar de aportar algunas respuestas a las preguntas aquí planteadas y analizar desde una perspectiva global la cuestión de la delimitación entre las funciones, naturaleza y características de penas y medidas.

CAPÍTULO VI: Perspectiva crítica de las medidas de seguridad para sujetos responsables

I. Introducción

En la primera parte de esta investigación analizábamos el concepto de peligrosidad criminal, su método de estimación y los problemas éticos y jurídicos a los que esta valoración se halla sometida. En la segunda parte se estudió la forma en que constatamos (o atribuimos) la imputabilidad criminal de los sujetos y cuáles son algunas de las tensiones a las que el propósito de alcanzar una mayor individualización debía hacer frente. Así, ya tenemos debidamente identificado el objeto de estudio de esta investigación: un sujeto que simultáneamente presenta las características de ser imputable y ser también peligroso.

Esta tercera parte comenzó con una breve reinterpretación histórica de las medidas de seguridad que ha puesto de manifiesto cómo la relación existente entre penas y medidas de seguridad (y la mutua reconfiguración de unas y otras) se ha encontrado siempre ligada a la extensión de las garantías aplicables a las penas y a qué hacer con aquellas instituciones que quedaban fuera de tal concepto (y cómo llamarlas). La tensión entre las limitaciones de las penas (fruto del progresivo reconocimiento de derechos fundamentales) y las necesidades de prevención han marcado el ritmo de la discusión sobre el papel que las medidas de seguridad están llamadas a desempeñar en nuestro ordenamiento jurídico. También se ha cuestionado que fuera adecuado dispensar un mismo tratamiento jurídico a todo lo que actualmente reconducimos a la etiqueta común “medidas de seguridad” y que comprende una serie de instituciones jurídicas muy variadas.

Este capítulo tiene como objetivo primordial, partiendo de todo lo que hasta ahora se ha señalado, responder a la pregunta decisiva de esta investigación: ¿qué es legítimo, en nuestro contexto jurídico, hacer con los sujetos responsables y peligrosos? No se tratará en las próximas páginas de realizar un planteamiento abstracto de filosofía política acerca de la cuestión (aunque inevitablemente a todo lo que se dirá subyacen unos ciertos postulados), pero estas tampoco se conformarán con desempeñar una labor meramente hermenéutica de la normativa existente que se circunscriba únicamente al examen de la específica regulación jurídica. El propósito ahora perseguido parte de un punto intermedio que, reconociendo la trascendencia que en la ponderación libertad/seguridad tienen la

filosofía y la política criminal, da por sentada una cierta aproximación social y constitucional a la cuestión que se plasma de manera aproximada en el Código penal y la Constitución española. Este planteamiento permitirá poner de relieve algunas incongruencias y algunas limitaciones de carácter constitucional a las que se ve abocado el tratamiento de esta clase de sujetos por parte de nuestro ordenamiento. Ello sin llevar a cabo una suerte de “enmienda a la totalidad” fundamentada en valoraciones axiológicas que, aun siendo probablemente más adecuadas, se encuentran demasiado lejos de la percepción social y estatal de la problemática.

Para ello, en las próximas páginas se discutirá acerca de las posibilidades de éxito de una eventual distinción entre penas y medidas de seguridad y se valorará cuánto se pierde y cuánto se gana con tal empeño. Posteriormente se pondrán de manifiesto los fundamentos que se han pretendido suministrar para legitimar la imposición de medidas de seguridad postpenitenciarias a sujetos imputables. Tras ello, y para ejemplificar los problemas que se señalarán a continuación, serán analizadas algunas instituciones de esta clase y los problemas a los que han tenido que enfrentarse (custodia de seguridad alemana, *civil commitment* estadounidense y libertad vigilada española). Finalmente, se retomarán algunas cuestiones de carácter teórico y constitucional que se opondrían a acumular sencillamente penas y medidas de seguridad para, por último, comprobar qué posibilidades admisibles quedan a disposición del legislador.

II. Razones de una distinción

Con independencia de las valoraciones que ello merezca, no cabe duda de que tanto el legislador como, en menor medida, la doctrina y los tribunales distinguen con aparente nitidez entre dos institutos jurídicos pretendidamente diversos: las penas, por un lado, y las medidas de seguridad, por otro. Esta diferenciación se encuentra presente de manera reiterada en nuestro Código penal.

El propósito de este epígrafe no es otro que poner en duda las posibilidades de éxito de esta distinción. Algunos de los motivos que dificultan esta importante empresa —de hecho, la mayor parte de ellos— han sido previamente esbozados en páginas anteriores. No obstante, se pretende ofrecer aquí una panorámica algo más completa y ordenada de la situación. Una panorámica que nos permita responder esencialmente a tres preguntas:

¿por qué distinguir las penas de las medidas de seguridad? ¿Cómo hacerlo? Y, ¿cuál es el coste de esta actividad?

1. ¿Por qué distinguir?

La primera pregunta, curiosamente, es la que suele recibir una menor atención por parte de la doctrina y, sin embargo, es la cuestión más importante de todas. Se suele dar por supuesto, tácita o expresamente, que es necesario distinguir una institución de la otra⁹⁰¹. Se da a entender que penas y medidas no *son* lo mismo y que, en consecuencia, no *deben* ser tratadas del mismo modo. Sin embargo, este planteamiento, incluso aunque resultase ser correcto, incurriría en un salto lógico que es preferible no dar. Podría ser que penas y medidas de seguridad no fueran lo mismo (si es que las penas y las medidas de seguridad *son* algo con independencia de cómo queramos configurarlas) y, sin embargo, que el ordenamiento jurídico debiera, a determinados efectos, tratar a las dos como si así lo fueran⁹⁰². A estas alturas de la investigación que aquí se presenta no puede sorprender el argumento que se va a ofrecer: dos cosas pueden ser distintas y merecer un mismo tratamiento a determinados efectos, del mismo modo que dos cosas pueden ser

⁹⁰¹ Señala con razón SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 39, que es “doctrina dominante la necesidad de conservar la separación entre penas y medidas”. Enumera después los distintos criterios que, en su opinión, deberían guiarnos en la labor de la delimitación conceptual (p. 40).

⁹⁰² No profundizaremos ahora en la compleja cuestión metodológica de si existe algo que podamos llamar “pena” con independencia del fin que le asignemos colectivamente (asignación que, a su vez, viciaría el proceso de búsqueda de los fines y funciones de esta, pues la conclusión a la que se llegase se hallaría predeterminada de antemano por la definición de pena ofrecida). GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, pp. 205 y ss., por su parte, ha insistido en la necesidad de definir el concepto “pena” sin aludir a su finalidad. Creemos nosotros, por el contrario, que, aunque es preciso concebir una definición que no anticipe respuestas a los cuestionamientos de legitimidad que se le hagan (que no incluya sus “condiciones de legitimidad”), es imprescindible incluir tal finalidad en la definición, pues sin ella resulta imposible la distinción *conceptual* con sanciones administrativas y medidas de seguridad. KRETSCHMER, J., *Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999, p. 22, señala, en este sentido, que de la coexistencia de penas y medidas de seguridad se deriva la necesidad de concretar la finalidad (y también la justificación, algo que no compartimos) de las penas para poder delimitarlas rectamente de las medidas. En todo caso, resultan interesantes las apreciaciones de SEARLE en un tema relacionado con la asignación de funciones. Así, sostiene SEARLE, J. R., *La construcción de la realidad social*, p. 24, que “la realidad social es creada por nosotros para nuestros propósitos, y nos parece tan prestamente inteligible como los propósitos mismos. Los automóviles son para ser conducidos; los dólares, para cobrar, gastar y ahorrar; las bañeras para tomar un baño. Pero en cuanto desaparece la función, en cuanto deja de haber respuesta a la cuestión: ¿para qué sirve?, quedamos expuestos a una tarea intelectual más difícil, a saber, identificar cosas en términos de sus rasgos intrínsecos, sin hacer referencia a nuestros intereses, a nuestros propósitos y a nuestros objetivos”. Que exista algo que podamos llamar “pena” previo a la decisión social que tomemos de qué es (y para qué sirve) una “pena” resulta, cuando menos, difícil de sostener.

prácticamente idénticas y necesitar un tratamiento diferenciado en atención al concreto fin que se persiga. En este sentido, supone una falacia (concretamente un *non sequitur* y una falacia naturalista) sostener que como penas y medidas son diferentes deben merecer un tratamiento distinto. Dicho de otro modo, a la pregunta acerca de por qué el ordenamiento jurídico debe tratar de manera diferente penas y medidas de seguridad, la respuesta no puede ser “porque son distintas”.

Para poder avanzar entonces en las razones de esta distinción es necesario buscar qué tienen de particular las penas frente a otras reacciones estatales. La respuesta a este interrogante es, en principio, sencilla. Las penas, se dice con frecuencia, constituyen la más grave restricción de derechos a la que se puede ver sometido un ciudadano por parte del Estado⁹⁰³. En consecuencia, contarán con el más acabado sistema de garantías que pueda dispensar el ordenamiento jurídico⁹⁰⁴. De este modo, lo característico de la pena

⁹⁰³ En tal sentido, aunque como decimos se trata de una postura que bien cabe calificar de “lugar común”, cabe interpretar fácilmente a MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.): *Mutaciones del Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, pp. 167, cuando señala con contundencia que “el Derecho penal es el más autoritario de todas las ramas del Ordenamiento jurídico y probablemente de todos los sistemas formalizados de control social”. La postura de este autor no deja de resultar extraña y difícilmente reconciliable con aquella otra afirmación que hiciera (HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 216) de que la atribución de las funciones que actualmente desempeña el Derecho penal a otras instancias de control social podría no implicar “ningún avance en orden a la mayor consecución de libertad”. Afirmación, esta última, que estimamos mucho más correcta y que había defendido ya antes con suma claridad en MUÑOZ CONDE, F., *Estudios Penales y Criminológicos*, pp. 235 y ss. En esta segunda línea, se muestra crítico también con los postulados mayoritarios APPEL, I., *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, p. 37, cuando sostiene que, dada la conformación actual de nuevas parcelas del ordenamiento jurídico, la imagen tradicional de la pena como “la más corrosiva sanción” de las que dispone nuestro ordenamiento no se corresponde fidedignamente con la realidad. Constituye un ejemplo rotundo de ello lo lesivo que puede resultar la retirada de la nacionalidad con independencia de la “naturaleza jurídica” que se le quiera conceder a esta, vid., a este respecto, COCA VILA, I., “Our ‘Barbarians’ at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool”, *Criminal Law and Philosophy*, 2019, pp. 8 y ss. A la luz de lo expuesto, parece, pues, que le asiste la razón a CORRADO, M. L., “Punishment and the wild beast of prey: The problem of preventive detention”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, 1996, p. 779, cuando mantiene que “los trabajos actuales de la filosofía del castigo resultan profundamente insatisfactorios. Mientras el Derecho penal se expande para incluir privaciones de derechos sin condena y detenciones basadas en la peligrosidad, los filósofos y la doctrina continúan actuando como si el problema del castigo fuera como un espécimen de invernadero e ignoran la jungla que hay más allá de las ventanas”.

⁹⁰⁴ Refiriéndose de forma más genérica a la intervención penal, aunque con el mismo planteamiento, sostiene APPEL, I., *Verfassung und Strafe*, p. 26, que “la suposición de una cualidad especial de la intervención penal se vincula con una específica necesidad de protección cuyo aseguramiento y garantía no encaja en la doctrina general de intervención (*allgemeinen Eingriffslehren*), sino que debe ser garantizada a través de un canon más elevado de protección constitucional”.

(frente a otras formas de reacción estatal) residiría en su gravedad y en las cautelas que la rodean⁹⁰⁵. Es exactamente la interrelación de estos dos aspectos la que arroja algo de luz acerca de por qué resulta necesario efectuar la labor de delimitación que ahora nos ocupa; precisamente porque las penas son un mal tan grave han de contar con mayores garantías. Catalogar, pues, una determinada reacción como pena supone que todo el aparato de garantías que es propio de esta institución debe resultarle de aplicación. En consecuencia, considerar, por el contrario, que una determinada privación de derechos no constituye una verdadera pena impide, al menos en principio, que el manto de estas garantías se extienda hasta cubrirla. En definitiva, considerar una limitación de derechos como una “pena” y no como “otra cosa” tiene (fundamentalmente, y más allá de otros efectos comunicativos en absoluto despreciables) el sentido de atribuirle un aparato de garantías u otro.

⁹⁰⁵ No nos parecen adecuadas las objeciones que ROBINSON, P. H., “The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert”, *Boston University Law Review*, vol. 76, 1996, pp. 203 y ss., dirige a esta posibilidad. Es cierto que el autor no se refiere directamente a lo que de particular tiene la pena (sino, más abstractamente, a lo que de particular tiene el sistema penal frente al civil), pero de manera colateral sus argumentos resultan fácilmente extrapolables. Así, frente a la posición de quien aprecia que lo específico de lo penal es la reserva de las mayores garantías para las mayores privaciones, aduce varias críticas. En primer lugar, señala cómo, pese a que la distinción civil/penal es universal no lo es, en cambio, la sensibilidad de las distintas sociedades para con las salvaguardias de los derechos fundamentales frente a la intervención estatal. Creemos que este argumento es irrelevante por dos motivos. El primero es que, como siempre, cómo sean las cosas no determina cómo estas deberían ser. El segundo es que, hasta donde se nos alcanza, es seguro que la protección de derechos frente a las intervenciones jurídicas cambia de país en país, pero no lo es tanto que no haya en todos ellos diferentes estándares en función de las consecuencias que se quieran aplicar. Por otra parte, sostiene ROBINSON que la existencia de este postulado de “mayores garantías para las mayores privaciones” no explicaría tampoco la existencia de diversos sistemas (penal y civil). Así, se pregunta el autor norteamericano, ¿por qué no requerir simplemente mayores privaciones dentro de un único sistema?, ¿por qué “malgastar” las valiosas garantías penales en tantos casos de supuestos poco graves en los que las sanciones no serían más gravosas que las que se impondrían en un proceso civil? ROBINSON acierta más adelante cuando señala que parte de ello se responde por la distinta función que desempeñan uno y otro sector y la función de “condena moral” que el Derecho penal conlleva (p. 206). Pero creemos que no solo esto responde la pregunta y, en todo caso, la existencia de otra explicación no desplaza la validez de la primera. No es sostenible que únicamente la intensidad de la privación de derechos caracterice la pena, pero no se puede rechazar el fundamental papel que esta juega en ello. Por eso, cuando ROBINSON se hace aquellas preguntas las respuestas pueden ser también otras. Para empezar, uno podría cuestionarse qué es (más allá de un nombre) un sistema si no se refiere a las consecuencias a las que puede llevar y a las condiciones requeridas para su imposición. Si dentro de un mismo juicio un mismo tribunal impusiera (como de hecho sucede en el caso español) distintas consecuencias (pena e indemnización derivada de la responsabilidad civil) atendiendo a distintos principios y garantías, ¿no estaríamos en realidad igualmente ante dos sistemas distintos? Por otro lado, el ordenamiento penal reconoce distintas garantías en atención a las distintas consecuencias (diversos procesos, vías de recursos, posibilidades de defensa, etc.) y ello no solo no tiene nada de malo, sino que es bastante razonable. Por ello, no se “malgastan” garantías en supuestos menos graves, sino que razonablemente se adaptan a ellos.

Esto, por supuesto, no quiere decir, como es lógico, que aquella privación de derechos que no merezca la calificación de “pena” no requiera garantía alguna para su imposición. Nadie mantiene tal cosa. De hecho, en los últimos años se han desarrollado algunos muy importantes esfuerzos para establecer y ampliar un fuerte sistema de garantías, en particular para las medidas de seguridad⁹⁰⁶. Estos sistemas, en ocasiones, han tratado de inspirarse en el que es propio de las penas *stricto sensu* y otras veces han pretendido, por el contrario, beber directamente de fuentes de legitimación distintas, como la propia Constitución, pero siempre han pretendido reforzar la situación deficitaria en la que, en términos de garantías, se hallaban (y aún hoy se hallan) las medidas de seguridad⁹⁰⁷.

Ahora bien, todo este planteamiento parte de una premisa que ya ha sido cuestionada en páginas anteriores y sobre la que se volverá a polemizar ahora. Se trata de aquella premisa que establece que la pena es lo peor que el Estado puede dirigir al ciudadano, la restricción de derechos más aflictiva posible. Esta afirmación cuenta con un sentido histórico evidente. Cuando las primeras garantías propias del Estado liberal inspiradas en los más elementales principios humanitarios comienzan a ser respetadas y extendidas es cierto que el Estado no contaba todavía con instrumentos más lesivos en tiempos de paz⁹⁰⁸. De este modo, las primeras garantías penales modernas comienzan a surgir por oposición a

⁹⁰⁶ Vid., a este respecto, JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 131 y ss. (que articula las que, entiende que son, exigencias mínimas que han de cumplir las medidas de seguridad para ser compatibles con el Estado de Derecho); y SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, quien tras elaborar una “parte general de las medidas de seguridad” (pp. 19-140), trata de aplicar los principios generales de ella emanados a la configuración positiva de este instituto en nuestro ordenamiento (pp. 141 y ss.). Además, este mismo autor celebra expresamente la tendencia generalizada a la progresiva inserción de este instituto en el marco de las exigencias del Estado de Derecho (pp. 66 y ss.) y no se manifiesta críticamente frente al hecho de que, dada la creciente aproximación entre penas y medidas, se extiendan a las últimas “un conjunto de garantías paralelas a las que rodean a la imposición de la pena” (p. 109). Apuntaba también, aunque desde una perspectiva algo diferente, la necesidad de la extensión de garantías TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, p. 139, señalando que “[l]as medidas de seguridad implican tales ataques a la libertad que el más amplio catálogo de garantías debe ser observado. Al igual que las penas y tal como demuestra la existencia histórica pasada y presente, pueden ser ‘terribles instrumentos aniquiladores’ de las garantías personales. Ante la amenaza conviene fijar límites precisos para que los fines perseguidos no sean buscados a través del alto costo del desconocimiento de la dignidad humana”.

⁹⁰⁷ Argumentos a favor de esta última postura (el sometimiento de las medidas de seguridad a diferentes límites que las penas) se pueden encontrar en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Por un Derecho penal sólo penal”, p. 609; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 48; o ROBLES PLANAS, R., *Indret*, p. 19.

⁹⁰⁸ De hecho, si asumimos, como generalmente se hace, que uno de los principales trabajos que importó la tradición iluminista al Derecho penal fue el de BECCARIA con su *De los delitos y las penas*, parece lógico pensar que frente a las prácticas penales que allí se narran la intelectualidad europea no malgastara mucho tiempo en otras formas de privaciones de derechos.

las penas estatales. Sin embargo, tras el paso de casi ya dos siglos parece que tal dogma merecería ser revisado. Son varios los motivos que deben impulsar a ello.

Para empezar, tal y como ya ha sido apuntado, desde el mismo momento en que la pena comienza a humanizarse y restringirse empieza a surgir un nuevo sector del ordenamiento jurídico estatal que, desempeñando una función de “coche escoba”, recoge buena parte de lo que el Derecho penal va dejando por el camino⁹⁰⁹. De este modo comienza a surgir un potente Derecho policial/administrativo que gestiona determinadas formas de conflicto social vinculadas a la “vagancia” y al desempeño de actividades socialmente proscritas (en ocasiones, en paralelo al propio Derecho penal). Este mismo sector del ordenamiento, como vimos, empieza a gestionar también lo relativo a las medidas de seguridad durante algunos períodos históricos. Igualmente, el desarrollo técnico comienza a proporcionar al Estado herramientas represivas con las que antes no le era dado soñar. Así, en materia psiquiátrica, como también quedó apuntado, se empieza a producir una represión no menor⁹¹⁰. En paralelo, las nuevas funciones del Estado contemporáneo, junto a los deberes que se empiezan a considerar vinculantes para él, dan como resultado un Derecho administrativo sancionador sin precedentes (que si bien en principio no puede competir en aflictividad con la pena de prisión tiene poco o nada que envidiar cuando de otras penas hablamos)⁹¹¹.

DUDLEY JR. ha expresado esta idea de manera muy precisa al apuntar —no queda muy claro si adscribiéndose a ello o meramente aportándolo como un argumento que alguien podría suministrar— que “las más estrictas garantías procesales deberían ser aplicables a aquellas sanciones que impactan de la forma más grave sobre el sujeto sometido al proceso. La conclusión, en efecto, de que todas las sanciones criminales requieren mayores garantías procesales que cualquier sanción civil, debe ser vista como un desfasado vestigio del período prerrevolucionario, en el que las penas criminales eran

⁹⁰⁹ Vid. supra, Capítulo V, epígrafe III.

⁹¹⁰ Vid. supra, Capítulo IV, epígrafe II.

⁹¹¹ Por todas estas cuestiones han de ser especialmente estimadas las advertencias de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 400 y ss., de que es preciso tomar en consideración los peligros derivados de la desformalización de la intervención estatal. Así, señala que “[e]n toda discusión de propuestas despenalizadoras o de alternativas a la pena debe, junto a los argumentos favorables derivados de consideraciones de resocialización o de menor violencia en la solución del conflicto, ponderarse también, como argumento negativo, el riesgo de desformalización” (p. 401). De este modo, deberíamos ser conscientes de los eventuales problemas de incurrir en las, denominadas por el propio SILVA SÁNCHEZ, “paradojas de los procesos de despenalización” (p. 412). Es decir, hemos de ser cuidadosos de no producir intervenciones más lesivas de derechos fundamentales al renunciar a la intervención penal.

severamente duras y los procesos civiles raramente suponían responsabilidades importantes. Hoy, por el contrario, varias transgresiones relativamente triviales de la voluntad legislativa han sido criminalizadas, pero suponen solo penas de carácter menor. Simultáneamente, se ha producido una asombrosa expansión de las responsabilidades civiles, no solo a través de nuevos hechos generadores de responsabilidad (*private causes of action*), sino también mediante el diverso incremento de la magnitud de la valoración de los daños civiles y la creación de poderosos aparatos de regulación administrativa”⁹¹².

En definitiva, y como era razonable esperar, las tendencias represivas del Estado no permanecen impasibles a la aparición de nuevas formas de limitación de su potencial punitivo, sino que buscan vías alternativas para desarrollarlo. Mientras tanto, la doctrina penal sigue restringiendo el alcance de las penas, más o menos despreocupada de qué sucede fuera de su pequeña parcela jurídica. La historia de las últimas décadas de las tres principales manifestaciones de esta idea (medidas de seguridad, Derecho administrativo sancionador e internamiento psiquiátrico) es la historia de la toma de conciencia de este problema y del intento de incrementar las garantías que deben acompañar a sus específicas formas de intervención.

La situación descrita, por cierto, no tiene solo repercusión en el ámbito de las garantías criminales (ya sean estas materiales o procesales). De hecho, otro de los principales ámbitos en los que esta idea debería tener consecuencias es en el de determinados principios político-criminales: particularmente en el llamado “principio de intervención mínima”. Si lo que aquí se ha sostenido es correcto, la invocación irreflexiva al principio de intervención mínima que tantas veces se produce por parte de la doctrina podría dar lugar (y, de hecho, en ocasiones lo hace) a que restricciones de derechos idénticas a las que supone la imposición de determinadas penas pasen a ser impuestas sin las garantías con las que, en principio, deberían contar⁹¹³. De este modo, esgrimir un principio con una

⁹¹² DUDLEY JR., E. C., “Getting beyond the civil/criminal distinction: a new approach to the regulation of indirect contempts”, *Virginia Law Review*, vol. 79, 1993, p. 1064. Es preciso no perder de vista durante la lectura de este fragmento el hecho de que el ordenamiento jurídico anglosajón presenta dos particularidades respecto del nuestro. En primer lugar, la existencia de daños punitivos (cuya naturaleza estrictamente civil sería más que discutible desde nuestra perspectiva). En segundo lugar, la ausencia de una denominación específica para el Derecho administrativo, que, por distintas tradiciones y evoluciones jurídicas, es incluido en el amplio marco del Derecho civil. De este modo, en el pasaje citado seguramente sería más apropiado traducir “civil liability” por “Derecho administrativo sancionador” que por “responsabilidades civiles”, pero se ha considerado preferible un apego a la literalidad en el entendido de que la realidad jurídica a la que el autor se refiere es esta otra.

⁹¹³ En un sentido parecido se puede leer el trabajo de ASHWORTH, A. y ZEDNER, L., “Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions”, *Criminal*

marcada vocación de restricción del poder punitivo del Estado en un contexto diferente a aquel en el que este aparece (varios siglos atrás) genera precisamente el efecto contrario al perseguido: desembridar al poder estatal e, incluso, aparentemente, legitimarlo⁹¹⁴.

Volviendo a la pregunta que queríamos responder (¿por qué distinguir penas y medidas?) la respuesta se antoja entonces tan sencilla como falaz: porque las penas son restricciones de derechos especiales que requieren cautelas también especiales para su imposición. Aunque el argumento sea lógicamente correcto la premisa de partida es, como hemos visto, cuestionable.

2. ¿Cómo distinguir?

En todo caso, no es la anterior la única pregunta que urge responder. Decíamos también que era necesario, más allá de encontrar el motivo de la distinción, descubrir la manera de proceder a tal delimitación: algo que, de nuevo, resulta extremadamente complejo. Para empezar, nos topamos con un primer escollo difícil de sortear y este no es otro que el de no contar con una precisa definición ni de qué es una pena ni de qué es una medida

Law and Philosophy, vol. 2, 2008, pp. 21-51. En él, tras analizar distintos cambios que de forma relativamente reciente se están produciendo en Inglaterra y Gales (cambios que enmarcan en una mutación del Estado en uno de marcado carácter preventivo, regulatorio y autoritario), hacen valer las ventajas frente a estas alteraciones que representa el clásico Derecho penal liberal. Así, consideran que la aparición de toda una serie de nuevas consecuencias jurídicas de naturalezas difíciles de aprehender tiene como origen el propósito de escapar a las más exigentes garantías procesales que resultan de aplicación indubitada para el Derecho penal.

⁹¹⁴ Vid., a este respecto, PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Represión estatal y Derecho penal: relaciones paradójicas”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Dir.): *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 741 y ss. Apunta la idea de que modificaciones estructurales del Derecho penal fruto del cambio de sociedad no pueden quedar sin respuesta en el campo de las garantías correspondientes, APPEL, I., *Verfassung und Strafe*, p. 38. En un sentido aparentemente parecido se pronuncia también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y SANZ MULAS, N. (Coords.): *Derecho penal de la democracia vs. seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, p. 116, cuando sostiene que “[e]l debate entre garantismo y la flexibilización del Derecho penal yerra en la base: en la metodología de análisis del problema, en la utilización de un método deductivo a partir de fundamentos abstractos, como son los principios, que ahora son constitucionales, catalogándolos —quizás inconscientemente— como dogmas inamovibles para todo tiempo y lugar, olvidando que estos principios fueron elaborados sobre la base de una realidad social del siglo xviii”. Con el fragmento extractado estaríamos, sin duda, de acuerdo. Sin embargo, cuando la autora desarrolla la idea se desprende con claridad que ubica el problema en que estas garantías suponen un lastre para la lucha frente a las nuevas formas de criminalidad. No es ese nuestro planteamiento. No creemos que el principio de intervención mínima sea ahora disfuncional porque impida determinadas formas de intervención penal (siempre fue esa su función; sería, entonces, “más funcional que nunca”). Por el contrario, consideramos que el cambio de circunstancias ha propiciado que la función que el principio en cuestión tenía encomendada (restringir la actividad estatal especialmente lesiva de derechos fundamentales) no pueda ser alcanzada con su configuración clásica (de hecho, es dañada precisamente por ella).

de seguridad⁹¹⁵. Ambas instituciones son, en sí mismas, extraordinariamente heterogéneas, aunque en ocasiones parezca que la doctrina, al efectuar las comparaciones, solo tenga en mente la pena de prisión, por un lado, y el internamiento médico psiquiátrico, por otro⁹¹⁶. Esta “heterogeneidad interna” dificulta enormemente la labor de comparación y consecuente distinción⁹¹⁷. La diversidad de objetos de comparación dentro de cada categoría convierte una tarea aparentemente sencilla en una auténtica odisea. Una vía para tratar de salvar este problema podría ser la de articular una suerte de concepto “natural” (o, si se prefiere, “supralegal”) de pena y de medida de seguridad. Ahora bien, es posible que esta argumentación esté de antemano abocada al fracaso. Si se conviene en que la pena y la medida de seguridad son instituciones jurídicas legislativamente configuradas a las que el legislador soberano (dentro de las pautas constitucionales) puede dar la forma, contenido y función que desee, el intento de sortear la ley es también el camino de sortear el objeto que se pretende analizar⁹¹⁸.

Así, ha expresado GRECO con acierto que “[b]ien puede admitirse que hay cosas que tienen una esencia y cuya esencia también podríamos reconocer; como p. ej., que la esencia del agua es H₂O o que la esencia del oro es el número atómico 79. No obstante, ello sólo se aplica a los objetos de las ciencias como la física, la química y la biología, en las que es importante

⁹¹⁵ Aunque el Código penal puntualmente intenta establecer alguna clase de definición, resulta difícil negar sus imprecisiones e incoherencias. De hecho, más allá de las definiciones que nuestro Código penal ofrece en su parte general (arts. 33 y ss.), es necesario coincidir con DOVAL PAIS, A., “Las consecuencias jurídicas innominadas: una reflexión sobre los límites del principio de legalidad penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, p. 12, en que en la parte especial de dicho cuerpo legal “es indudable que hay consecuencias innominadas que constituyen auténticas penas”. De hecho, difícil resulta rechazar también lo que mantiene este autor cuando sostiene que “asistimos a un cierto desbocamiento en el Código penal no sólo de las figuras típicas, sino también de las consecuencias jurídicas” (p. 27). Proliferación que es fiel reflejo de la deficiente delimitación que del concepto de “pena” ofrece nuestro Código.

⁹¹⁶ En este sentido, le acompaña, sin duda, la razón a JUNG, H., *Was ist Strafe?*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 38, cuando apunta que en la discusión sobre la correcta delimitación entre penas y medidas el papel del autor inimputable representa en multitud de ocasiones un problema de tomar la parte por el todo, olvidando los supuestos de semiimputabilidad y los de imposición de medidas de seguridad a sujetos responsables.

⁹¹⁷ A este respecto basta con echar un rápido vistazo al art. 33 CP para constatar que resulta enormemente complicado encontrar elementos comunes relevantes en algunas de las penas allí contempladas. De este modo, por ejemplo, entre la prisión permanente revisable, la privación de patria potestad, la multa por cuotas, los trabajos en beneficio de la comunidad, etc., no es sencillo hallar lo que de común puedan tener que permita, a su vez, diferenciarlas de otras consecuencias jurídicas.

⁹¹⁸ En este sentido, apunta JUNG, H., *Was ist Strafe?*, p. 75, que no se puede esperar comprender a qué nos referimos bajo el concepto “pena” haciendo abstracción del concreto momento del que hablemos. No se puede esperar un preciso conocimiento al respecto atemporal y definitivo. La forma de intervención, el concepto de “mal”, etc. están sometidos a modificaciones continuamente. Todo ello dificulta (aunque quizás no impida) la construcción de un concepto de esta clase.

describir y explicar los aspectos físico-químicos y biológicos de la realidad, pero no a los objetos de una teoría normativa que se ocupa de prescribir las condiciones de legitimidad de una determinada acción estatal. Cuando se define aquello que se denomina pena no estamos sujetos a algún tipo de supuesta esencia, sino tan sólo a los propósitos e intereses de nuestro propio planteo teórico⁹¹⁹.

Dos son los senderos que se abren para solventar este problema. El primero, acudir a un concepto constitucional de pena. El segundo, recurrir a una esencia lógica (ontológica o cuasi-ontológica) a la que el legislador no se puede sustraer⁹²⁰. En cuanto a la primera vía, aunque prometedora, cabe apuntar que resulta poco fructífera. La Constitución, tal y como señala APPEL para el caso alemán (perfectamente extrapolable en este punto al español), no contiene un concepto concreto de pena⁹²¹. Es más, es razonable pensar que en atención al objetivo perseguido podamos concebir distintos conceptos de pena en el marco de la propia Constitución⁹²². Además, y esta sería la objeción más importante, la

⁹¹⁹ GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, pp. 210 y ss.

⁹²⁰ Ciertamente, sería este un concepto de pena bastante similar a aquel que descartábamos hace un momento, el “concepto natural” de pena. Sin embargo, consideramos que puede tener sentido diferenciarlo de él, aunque sea por una mera cuestión cuantitativa. Mientras que un “concepto natural” trataría de buscar todas las notas definitorias de la pena, esta otra alternativa pretendería solamente encontrar las notas identificativas mínimas de la misma. Creemos que ha sido esta la vía recientemente emprendida por GRECO, L., *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Duncker & Humblot, Berlín, 2015, pp. 652 y ss., reformulando así su concepción anterior y adoptando una perspectiva, en algún grado, esencialista en la búsqueda del concepto de pena. En esta reformulación nos detendremos más adelante (vid. infra, nota 946).

⁹²¹ APPEL, I., *Verfassung und Strafe*, p. 209.

⁹²² *Ibid.*, pp. 209 y ss., pone de relieve este autor de forma muy interesante que la Constitución puede llegar a albergar varios conceptos distintos en atención a la función que esté llamado a satisfacer el concepto en cuestión. Sería sensato, dice el autor, construir distintos conceptos para satisfacer diferentes finalidades. Así, por ejemplo, podría ser necesario partir de conceptos diversos de “medida penal” (basados en diversos criterios) para hablar de las garantías que deben acompañarlos o para delimitar competencias en los diferentes niveles territoriales. A este respecto, resulta de interés un debate que, hasta donde se nos alcanza, no ha tenido lugar de forma profunda en nuestro país. El art. 149.6° CE establece como competencia exclusiva del Estado la “legislación mercantil, penal y penitenciaria”. Según qué entendamos por “legislación penal” habremos de llegar a diferentes conclusiones acerca de las eventuales competencias autonómicas, por ejemplo, en materia de medidas de seguridad. Un problema de esta clase se suscitó en Alemania al hilo de su “custodia de seguridad” (vid. infra, epígrafe III de este mismo Capítulo). En definitiva, resulta difícil sostener la naturaleza esencialmente policial o preventiva de las medidas de seguridad y, simultáneamente, su incardinación en el marco de las competencias exclusivas del Estado. Para estas dificultades no es óbice, sin embargo, que la jurisdicción penal se extienda (por cuestiones de economía procesal o cualquier otro motivo) a estas. Que sean una cuestión a dirimir en la jurisdicción penal en nada afecta a su naturaleza, como no lo hace, por ejemplo, a la responsabilidad civil derivada del delito cuando la acción civil se acumula a la penal y se discute en un mismo juicio. Las posibles vías de atribuir competencia exclusiva al Estado en esta materia serían dos. La más sencilla, por un lado, sería remarcar el carácter esencialmente penal de estas medidas (en atención a algún criterio solvente). Por otro lado, sería posible defender la competencia estatal exclusiva aquí en el entendido de que “legislación penal” no es lo mismo que “legislación de penas”. Así, una interpretación originalista de la Constitución (y

Constitución, en tanto que marco de la actividad legislativa y no pauta única de la misma, no podría nunca ofrecer un concepto preciso de pena. Un concepto difuso ya es algo y en algo contribuye a solucionar la cuestión, como veremos. Pero no podemos esperar de él una guía con la que salvar los importantes problemas de la distinción tajante entre penas y medidas de seguridad.

La segunda vía parece, *prima facie*, más fructífera. La existencia de un concepto supralegal de pena ayudaría a explicar, por ejemplo, por qué todos tenemos en mente la prisión cuando hablamos de penas y el internamiento psiquiátrico cuando hablamos de medidas de seguridad⁹²³. Se trataría de algo así como una “esencia del concepto” de la que por motivos lógicos, lingüísticos o culturales no seríamos capaces de sustraernos. En consecuencia, para que la actividad legislativa pudiera verdaderamente comunicarse con sus destinatarios en unos términos comprensibles para estos sería necesario que el legislador se sometiera a alguna de estas restricciones para configurar penas y medidas. Si esto fuera así podríamos ahondar en lo que tanto la pena de prisión como el internamiento médico psiquiátrico tienen de específico para tratar de, partiendo de ahí, configurar el núcleo de la pena y la medida de seguridad. Esta parece una vía más prometedora, aunque cuente también con importantes problemas. Por un lado, de nuevo las medidas de seguridad de corte inocuizador vuelven a encontrarse más cerca de la “esencia” de pena que de la de medida (lo que no tiene porqué ser un problema, sino una mera “constatación”). Por otro, y tal y como explorábamos con la anterior vía, sucede que, aunque esta labor tuviera visos de prosperar, tan solo podría ofrecernos una caracterización del núcleo de una y otra institución, lo que permitiría distinguir con nitidez los casos claros (los que ya de antemano no presentan problemas), pero no ofrecería solución para aquellos casos en los que de verdad la necesitamos: los supuestos difusos o problemáticos.

quizás también una de carácter teleológico del precepto implicado) podría llevar a defender que la materialidad que encierra tal expresión es mayor y comprende a las penas y a otras instituciones tradicionalmente “afines”.

⁹²³ Ello, sin embargo, y como agudamente alerta JUNG, H., *Was ist Strafe?*, pp. 76 y ss., no es del todo adecuado y encierra algo de trampa, pues supone tomar la más clara de las penas para trazar los límites dejando de lado que ni siquiera se trata de la pena más frecuente.

Mucho se ha escrito también sobre las dificultades que supone la proximidad “material” que puede haber entre una y otra institución para su correcta delimitación⁹²⁴. Creemos que, desde luego, la “ semejanza morfológica ” ayuda poco a encontrar diferencias entre ambas. Resulta difícil extraer distintos fundamentos de instituciones que están reguladas de forma muy similar⁹²⁵. Pese a ello, no parece que sea este el argumento más importante. Dos restricciones en apariencia idénticas de derechos pueden comunicar (o, si se prefiere, representar) cosas distintas en atención a factores por completo ajenos a ellas; entre ellos, por ejemplo, el emisor o el destinatario⁹²⁶. En ocasiones es el propio destinatario (y sus características) el que termina de configurar la consecuencia jurídica que le será aplicable.

⁹²⁴ Resulta especialmente interesante en este punto lo señalado por RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1977, p. 28, en relación con el art. 26 del anterior Código penal (actual art. 34). Así, sostiene que “[c]uando el art. 26 del Código Penal declara que *no se reputarán penas* las multas y demás correcciones impuestas por las autoridades administrativas, reconoce implícitamente que desde el punto de vista material lo son”. Nosotros probablemente no iríamos tan lejos, pero sí creemos que cuando dispone en su vigente artículo 34 que no se reputarán penas la “detención”, la “prisión preventiva”, las “multas y demás correcciones” administrativas ni “las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas” reconoce una importante dificultad en la recta delimitación. De este modo, el mencionado precepto pretende dar una respuesta tajante a casos que puedan llegar a ser dudosos. Cuestión distinta es, eso sí, que lo logre de forma efectiva, pues el precepto se halla enmarcado en una insuperable petición de principio, pues para saber, por ejemplo, qué es una “sanción reparadora” establecida en ley civil será preciso delimitar previamente qué no es y ello habrá de hacerse en comparación con otras instituciones, entre ellas la pena. De modo que el precepto acaba por señalar que, reduciéndolo a su mínima expresión, “no son penas aquellas instituciones que son otra cosa”.

⁹²⁵ De hecho, tal y como ha sido apreciado por parte de la doctrina, puntualmente se producen extrañas mezcolanzas de penas y medidas que apuntan a un eventual solapamiento del fundamento (y/o finalidad). Esto sucede especialmente en el ámbito del sistema vicarial, que las hace parcialmente intercambiables. Así lo apuntan, de un modo u otro, ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, pp. 99 y ss.; o JUNG, H., *Was ist Strafe?*, p. 36. Un ejemplo paradigmático de esta dificultad de delimitar instituciones semejantes lo constituye también el art. 14 LORPM, que permite la “transformación” de una medida impuesta a un menor en pena cuando este alcanza la mayoría de edad (cuya regulación recuerda en cierto modo a los art. 60 y 99 CP, aunque recorriendo el trayecto inverso). Vid., sobre esta cuestionable regulación, POZUELO PÉREZ, L., “¿*Poena sine culpa?* Cuando las medidas se convierten en penas por el mero transcurso del tiempo”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, passim.

⁹²⁶ Dicho de otro modo, lo que una privación de derechos implica no se puede comprender atendiendo únicamente a su dimensión externa u objetiva. Las relaciones intersubjetivas (ya sean individuo/individuo o individuo/colectivo) redibujan los contornos de esta restricción hasta el punto de poder hacerla desaparecer o convertirla en algo valioso. Es por ello por lo que atribuimos una distinta significación social a un determinado hecho no solo en atención a quién se considere responsable de este o a sobre quién repercuta (positiva o negativamente), sino también a la relación por la que se encuentran vinculados. Un beso en la mejilla, por poner un sencillo ejemplo, puede ser, en atención a cualquiera de estos factores, un gesto de cariño, un abuso sexual, una broma, etc. Igualmente, entrando ahora en el ámbito de la regulación jurídica, un cachete en el glúteo puede ser, en atención a las características del destinatario y a su relación con el emisor, un castigo, una

Más problemático resulta, en cambio, el criterio del “diverso fundamento” para delimitar penas y medidas de seguridad. Ya hemos apuntado antes, para empezar, lo incorrecto de sostener aquello de que el fundamento de la pena es la culpabilidad del autor y el fundamento de la medida de seguridad la peligrosidad criminal de este. Como decíamos, culpabilidad y peligrosidad no son más (ni menos) que presupuestos adicionales a la comisión del delito para la imposición de una u otra consecuencia jurídica⁹²⁷. El fundamento, en el sentido de la “razón” del instituto, hay que buscarlo en otro lado.

Sin embargo, aquí podemos topar con otro problema de carácter lógico difícil de eludir: el fundamento de una institución depende, especialmente, del grado de concreción o abstracción con el que nos refiramos a ella. Si adoptamos una perspectiva muy abstracta podremos decir, por ejemplo, que el Derecho cuenta con un mismo fundamento (sea cual sea este). Desde ahí, parece lógico, podemos ir concretando y descendiendo poco a poco. De igual forma, el Derecho público, analizado de forma global, puede tener un mismo fundamento. Asimismo, dando un paso más, especialmente importante aquí, podríamos sostener que el Derecho penal, tomado como una unidad, cuenta también con un fundamento unitario.

Lógicamente, no hemos llegado todavía al punto que nos puede ofrecer una delimitación fructífera. Sigamos, pues, descendiendo. Dentro del Derecho penal en su conjunto podríamos decir que las penas tienen un fundamento común, del mismo modo que las medidas de seguridad cuentan con un fundamento compartido. El problema es que no está claro por qué habríamos de detenernos precisamente aquí, pues es posible seguir descendiendo y concretando. Sería lícito decir que, aunque las penas en su conjunto tengan un idéntico fundamento, resulta posible encontrar uno específico diferente, por ejemplo, en la pena de prisión respecto de la pena de multa o la de inhabilitación. Pero todavía podemos avanzar y decir, a su vez, que la pena de prisión en primer grado dispone de un fundamento diferenciable del de la pena de prisión en segundo o tercer grado, o que la libertad condicional.

proposición sexual, una broma (de mejor o peor gusto atendiendo de nuevo a la relación apuntada), la celebración de un gol, un abuso sexual o un trato degradante.

⁹²⁷ Vid. supra, Capítulo IV, epígrafe V y, especialmente, Capítulo V, epígrafe VI.

Vemos así que el fundamento de una institución se halla indisolublemente ligado a la perspectiva (más o menos abstracta) que se adopte para analizarlo⁹²⁸. Sin embargo, resulta ciertamente difícil encontrar un criterio que sirva de justificación para considerar apropiada una concreta perspectiva sin convertir la búsqueda de fundamento en una mera labor de auto-justificación en la cual, cada autor adopte la perspectiva que necesite para fundir o escindir los fundamentos de una u otra institución. Vemos, pues, que el problema reside en que para ganar en precisión hemos obviamente de renunciar a la generalización. El dilema radica en que no solo la precisión es en sí misma valiosa, la posibilidad de generalizar una explicación a diversas instituciones (la posibilidad, en definitiva, de elaborar algo que merezca llamarse “teoría”) tiene también gran importancia. De forma que nos situamos frente a una disyuntiva ante la que resulta difícil tomar una decisión: dónde encontrar el punto de equilibrio razonable entre la precisión y la generalización que nos permita, a su vez, suministrar un fundamento diferenciado a lo que queda a uno u otro lado. Más adelante ofreceremos el que podría ser el único argumento plausible (en todo caso, no del todo satisfactorio) para llevar a cabo con algún éxito esta actividad.

3. ¿A qué precio distinguir?

Hemos intentado, con poco éxito, responder a la segunda pregunta que se ofrecía al comienzo de este epígrafe (cómo proceder a la distinción entre penas y medidas de seguridad). Al responder a la primera (¿por qué distinguir?) concluimos que era necesario diferenciar por las distintas garantías que acompañan a unas y otras. Al dar respuesta al segundo de los interrogantes planteados hemos asumido que tal diferenciación, incluso aunque llegue a ser posible, se antoja extremadamente complicada y solo fácilmente practicable en relación con la más clásica de las penas (prisión) y la más prototípica de las medidas (internamiento psiquiátrico). Toca ahora responder a la tercera pregunta que se planteaba entonces: cuál es el coste que puede tener esta distinción.

⁹²⁸ Apunta acertadamente SEARLE, J. R., *La construcción de la realidad social*, p. 33, que “las funciones nunca son intrínsecas, sino relativas al observador”. De este modo, y dado que nosotros (como comunidad) atribuimos el fundamento, importa reconocer quién y desde dónde lleva a cabo esa atribución, pues no tiene por qué resultar extraño que asignemos distintas funciones a una misma “realidad” en atención a diversos factores y nada de malo tiene que haber necesariamente en ello. En función del contexto, un bolígrafo puede ser una herramienta de escritura, un arma de defensa, un destornillador de emergencia o un bien mueble de tráfico comercial. La función de una institución se halla, pues, indisolublemente ligada a la perspectiva con la que se observe la cuestión.

A estas alturas parece necesaria poca argumentación para responder a esta pregunta. Si la distinción es muy difícil y las consecuencias son importantes en términos de garantías, el coste de tal distinción puede ser el error; un error que reclame más garantías de las necesarias y vuelva disfuncional a una institución (nos hallaríamos ante un supuesto de suprainclusión en el concepto de pena) o un error que imponga restricciones de derechos con menos garantías de aquellas con las que debería contar (estaríamos entonces frente a un caso de infrainclusión en el concepto de pena). Como siempre, los costes de equivocarse en uno u otro sentido no son los mismos, pero son, en todo caso, importantes. El coste de la suprainclusión es incrementar la ineficiencia del sistema por encima de aquella que valorativamente hemos asumido como indispensable. El coste de la infrainclusión es, en cambio, la desprotección del sujeto más allá de lo que, en principio, consideremos tolerable en el marco de nuestro sistema jurídico⁹²⁹. En este contexto habremos de tomar la siempre difícil decisión a favor de la supra o infrainclusión. Ello, además, en un contexto especialmente problemático, pues habrá que contar no solo con esta clase de riesgos ineludibles en el marco de la delimitación doctrinal, sino que será necesario prever, además, que este riesgo se puede ver incrementado en la concreta aplicación práctica en la que cristalice la delimitación teórica ofrecida⁹³⁰.

⁹²⁹ Desde una perspectiva más genérica, aunque en todo caso acertada, APPEL, I., *Verfassung und Strafe*, p. 40, señala cómo “allá donde la delimitación precisa entre medidas penales y no penales desaparece, las específicas garantías penales corren el peligro de perder su función aseguradora de la libertad”. En todo caso, es preciso no llevarse a equívocos y no perder de vista que este mismo autor considera que las medidas de seguridad carecen de un verdadero carácter penal y que, por tanto, no merecen las específicas garantías que la Constitución reserva a las penas, sino las salvaguardias genéricas que cualquier privación de derechos debe recibir (pp. 507 y ss.).

⁹³⁰ Surge aquí una problemática interesante relativa a hasta dónde alcanza la responsabilidad de la doctrina. Una cuestión a la que, en su manifestación más extrema y en un tiempo ciertamente más convulso, se enfrentara GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, p. 161, dando una respuesta que, en lo esencial, aquí se comparte. ¿Debe la Academia asumir la posición objetivamente más correcta con independencia de que en la práctica pueda dar lugar a malas interpretaciones y se acabe por producir más mal que bien? ¿O es mejor, por el contrario, que la doctrina adopte una postura menos estricta “científicamente”, pero más comprometida político-criminalmente? Tendemos a pensar que es preferible la segunda opción. Creemos que no es razonable cultivar una ciencia que, pese a su corrección, pueda dar lugar a mayores inconvenientes que ventajas. No consideramos posible asumir responsablemente el principio *fiat justitia et pereat mundus*. Y ello, precisamente porque la legitimidad de la doctrina procede, en nuestra opinión, del valor social que aporte, no del progreso científico que represente. Confundir progreso científico con legitimidad supone incurrir (¿veladamente?) en un planteamiento positivista. Un planteamiento propio de las ciencias naturales que siempre ha confundido legitimidad con progreso, lo que le ha servido tradicionalmente para sustraerse de algunas preguntas a las que todo científico empírico-naturalista se debería también enfrentar. Esta aparente legitimidad ha supuesto también, en nuestra opinión, un poderoso acicate para que los estudios jurídicos reclamasen su condición de “ciencia” cuando, en el fondo, tal etiqueta en sí no tiene ningún valor, pues que una disciplina sea o no científica no depende

Parece razonable pensar que una vía para relativizar este problema sea la de tratar de aproximar los dos “aparatos de garantías”⁹³¹. Cuando es sumamente difícil distinguir, como aquí sucede, y de la distinción se derivan importantes consecuencias, parece sensato, en principio (y salvo que precisamente queramos marcar un especial sentido comunicativo a una de las dos categorías) relativizar en alguna medida los efectos de esta distinción⁹³². JUNG, por su parte, y en lo que a la delimitación de penas y medidas de seguridad se refiere, sostiene que una mirada atenta a los efectos

más que del concepto (más o menos amplio) de ciencia que se utilice. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pp. 235 y ss., alertaba hace tiempo de que esta discusión obedecía en buena medida a una mera “cuestión de prestigio” y que lo que lo que resultaba más relevante era el “estatus racional” de la dogmática jurídica. Tenemos la impresión, entonces, de que las disciplinas jurídicas se sienten “relegitimadas” al recibir tal calificación en el (mal)entendido, ya apuntado, de que todo progreso científico es legítimo. Es oportuna, en consecuencia, la advertencia de NINO, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1989, p. 114, que aquí hacemos propia: “si hubiera razones de conveniencia lingüística (...) no deberíamos tener prevenciones en hablar de ‘ciencias normativas’ e incluir la dogmática jurídica entre ellas, teniendo cuidado, naturalmente, en no envolvernos con la idea mágica de que, con ese rótulo, hemos hallado por fin la quinta esencia de la labor de los juristas”. Sin embargo, es indispensable reconocer que el planteamiento aquí ofrecido es, en algún sentido, conservador, pues adapta el concepto de pena a la práctica social (legislativa y jurisprudencial) que pueda desarrollarse en un momento dado, en lugar de servir de “espuela revolucionaria” que fomente un auténtico avance científico (o social). Con todo, a riesgo de incurrir en este posible papel de “freno a la ciencia” tenemos la convicción de que un avance científico que produce más daño que utilidad social debe ser rechazado por ilegítimo (cuestión distinta es que a la hora de sopesar lo bueno y lo malo que produce sea necesario atender a períodos temporales razonablemente extensos para que tal ponderación no peque de miope y cortoplacista). Vid., para una crítica distinta y provocadora de la pretensión de la dogmática de ser calificada como ciencia, CUERDA ARNAU, M. L., “La función de la dogmática”, pp. 492 y ss.

⁹³¹ Esta es la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 465, para solucionar las “paradojas de la desformalización”. Sin embargo, no parece que la considere extensible a las medidas de seguridad (vid. supra, nota 907).

⁹³² Esto, por ejemplo, lo ha propuesto MOLINA FERNÁNDEZ a la hora de proceder a la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente. Vid., al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, F., “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, en JORGE BARREIRO, AG. (Coord.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 733 y ss. Cuestión distinta es que, en este concreto ámbito, tal propuesta pueda resultar criticable por poder llevar el germen de un incremento punitivo indeseable. Es ciertamente difícil saber si en caso de duda los tribunales tienden a calificar un hecho como doloso o imprudente (y, de hecho, con frecuencia factores en principio ajenos a la recta interpretación dogmática interfieren en la decisión de los tribunales, vid., al respecto, PANTALEÓN DÍAZ, M., “Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019): historia de un despropósito”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 55, 2019, pp. 153 y ss.). Lo que suceda en la práctica es un misterio difícil de esclarecer. No lo es tanto, en cambio, el mandato normativo que indirectamente debería guiar la decisión (el principio *in dubio pro reo*). Asumiendo que este principio no sea de aplicación para incertezas de carácter argumental, no cabe duda de que el problema aquí está en otra sede, la de la efectiva representación o no que el sujeto tuviera (o cualquier otro presupuesto fáctico sobre el que se quiera articular la existencia de dolo o imprudencia). Una recta aplicación de este principio debería llevar a una propensión a calificar de imprudentes hechos dolosos y no a la inversa. La creación de categorías intermedias, como propone MOLINA FERNÁNDEZ, llevaría, al menos en hipótesis, a incrementar el castigo de los casos dudosos y no a reducirlo, lo que, en principio, es rechazable. Ello, dejando al margen la cuestión de si la responsabilidad por delito doloso requiere o no algún elemento volitivo (algo que MOLINA FERNÁNDEZ descarta, pero que probablemente constituye doctrina mayoritaria). En este sentido, si se requiriese un elemento volitivo, podría llegar a ser razonable trazar una diferencia cualitativa entre la responsabilidad dolosa y la imprudente.

que se derivarán de la calificación que se otorgue debe conducir a una amplia equiparación de los resultados de una u otra etiqueta⁹³³. En algún sentido, se está defendiendo aquí, aunque con el propósito precisamente inverso al que tenía en origen, el criterio en el que SILVA SÁNCHEZ sustentó su célebre “Derecho penal de segunda velocidad”⁹³⁴. Este autor sostuvo que “la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología”⁹³⁵. Apuntaba después que “ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas”⁹³⁶. Todo ello le conduciría a sostener que se debía admitir una cierta gradualidad en las garantías en atención a la sanción que estuviera en juego⁹³⁷. En consecuencia, “no habría ninguna dificultad para admitir ese modelo de menor intensidad garantística *dentro* del Derecho penal, siempre y cuando —eso sí— las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión”⁹³⁸. De este modo, los mismos argumentos que el autor citado esgrimía para diferenciar el sistema de garantías en algún punto (en concreto, para disociar el propio de la pena de prisión del de la pena de multa) se podrían utilizar precisamente para lo contrario en determinados supuestos: equiparar sistemas de garantías de dos instituciones, en algún sentido, diversas. En definitiva, el criterio expuesto no es uno dirigido a reducir garantías ni a ampliarlas, es parámetro útil para *distribuir*las, lo que en ocasiones puede suponer su incremento y en otras su merma.

4. La construcción de instituciones jurídicas atenta a sus consecuencias

En todo caso, y retomando ahora la primera de las preguntas que articulan este epígrafe (¿cuáles son las razones para proceder a esta distinción?), es importante no perder algún

⁹³³ JUNG, H., *Was ist Strafe?*, p. 43. De manera similar, COCA VILA, I., *Criminal Law and Philosophy*, p. 16, defiende que, con independencia de la distinción formal entre instituciones penales y no-penales, es preciso atender a la dimensión material de la sanción para permitir que, en aquellos casos en los que las privaciones de derechos sean especialmente graves, operen las mayores garantías. Quizás en un sentido parecido, aunque en todo caso menos rotundo, cabría valorar las observaciones de HUSAK, D., *Overcriminalization*, p. 81, cuando señala que los mejores análisis sobre lo que la pena es ponen el acento en que cuando se discute sobre su delimitación con otras instituciones se trata de una diferencia de grado y no de clase, pero que, ciertamente, los sistemas procesales vigentes obligan a decidir si se merece el tratamiento de una u otra institución.

⁹³⁴ Vid., para una exposición sistemática, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión*, pp. 178 y ss.

⁹³⁵ *Ibíd.*, p. 167.

⁹³⁶ *Ibíd.*, pp. 167 y ss. Esta tesis le hacía precisar luego, creemos que razonablemente, que el problema, en verdad, no era tanto la expansión del Derecho penal, como la expansión de la pena de prisión (p. 169).

⁹³⁷ *Ibíd.*, p. 171.

⁹³⁸ *Ibíd.*, p. 172.

aspecto de vista. Distinguimos porque tenemos diferentes sistemas de garantías y los diferentes sistemas de garantías son razonables porque, a su vez, existen diversas formas de restringir derechos. Reservar las mayores garantías para las más lesivas privaciones de libertad parece, en principio, un postulado razonable. Y esto será así con independencia de que neguemos la tradicional equiparación entre las penas y las más terribles constricciones de derechos.

Es sensato, entonces, reconstruir el concepto de pena (y, consecuentemente, el de medida) orientándolo a sus consecuencias y ello, en esencia, porque son estas las que deben inspirar las distintas garantías que la acompañen. No se trata, sin embargo, de una batalla terminológica. Lo relevante no es (o, más bien, no debería ser) que tal o cual restricción de derechos se llame “pena” o que reciba otro nombre. Lo que en verdad importa es que exista la correspondencia de que a mayores restricciones les sigan también mayores garantías (cuestión distinta es que esta “batalla terminológica” permita, quizás, alcanzar el resultado perseguido de manera más “sencilla” o directa). De esta forma, tiene sentido acudir de nuevo a la Constitución y recibir de ella lo poco (pero valioso) que puede ofrecernos para la correcta configuración de las penas. Las garantías constitucionalmente consagradas han de cubrir aquellas restricciones de derechos que las merezcan, con independencia de su concreta configuración en el ámbito legislativo⁹³⁹. Igualmente, tiene sentido visitar el problema de dónde hemos de anclarnos para buscar el fundamento de una institución: allá donde sea útil, al menos, para salvaguardar estas garantías, pues son lo que convierte en legítima a la propia institución. Es ineludible, en consecuencia, adoptar, si se permite el juego de palabras, una “dogmática de las consecuencias jurídicas orientada a las consecuencias jurídicas”; algo que, aunque pueda parecer una tautología, dista de ser frecuente⁹⁴⁰.

⁹³⁹ Entre otras cosas porque a los efectos que ahora nos ocupan poco importa la concreta denominación que se otorgue. Así, no cabe duda de que tienen razón JUNG, H., *Was ist Strafe?*, p. 40; PÉREZ MANZANO, M., “El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción”, *Actum social. Actualidad Mementos (Ediciones Francis Lefebvre)*, n.º 44, 2010, pp. 31 y ss.; GRECO, L., *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 659; o CASTELLVÍ MONSERRAT, C., *InDret*, pp. 21 y ss., cuando sostienen que, si hay motivos para establecer una determinada protección de derechos fundamentales frente a una intervención, poco puede importar la denominación formal que de esta intervención haga el propio legislador. Hacerlo supondría someter el ámbito de aplicación de derechos fundamentales a la decisión del legislador ordinario (que debería estar sometido a ellos). En un sentido parecido, vid. COCA VILA, I., *Criminal Law and Philosophy*, p. 7.

⁹⁴⁰ Es cierto que se habla aquí de “consecuencias jurídicas” en dos sentidos diferentes. Por un lado, se hace referencia a las consecuencias (jurídicas) del delito. Por otro lado, se alude al distinto régimen

El sentido de esta “dogmática de las consecuencias jurídicas orientada a las consecuencias” es sencillo. Del mismo modo que puede ser razonable orientar construcciones teóricas de la estructura jurídica del delito en atención a los resultados que de ella se obtendrán (es decir, sostener un sistema del delito político-criminalmente orientado, o al menos atento, a sus efectos preventivos) es también interesante atender a estas repercusiones a la hora de calificar como “pena”, “medida”, o de otro modo, a una institución jurídica. Ello, precisamente, porque con la atribución de tal o cual calificación no se agota el “ciclo de repercusiones jurídicas”. Es cierto que la imposición de una “pena” o una “medida” supone la reacción a un determinado hecho ilícito, pero no lo es menos que tal denominación tendrá a su vez una serie de consecuencias (materiales y procesales) sobre la misma (y, a la postre, sobre quien la padezca).

En este sentido, son sumamente interesantes las observaciones de JUNG, que propone también un postulado orientado a los efectos o consecuencias (*wirkungsorientierte These*). En su opinión, aquí plenamente compartida, el riesgo de una manipulación legislativa que evite la protección de derechos allá donde sea necesaria debe llevar a considerar como penas, a los efectos de qué garantías han de serles aplicables, aquellas consecuencias jurídicas que se les asemejen⁹⁴¹. Así, los problemas de delimitación y la intercambiabilidad de las formas de sanción deberían conducir a tomar en consideración los efectos⁹⁴². Esto es algo que, como el propio autor señala, “no constituye ninguna solución brillante, sino solo una salvaguardia (*Gegenkontrolle*) necesaria”⁹⁴³. En definitiva, si existen dudas acerca de la calificación como “pena” de una reacción, es necesario optimizar la protección de los derechos de quien se verá sometido a ella⁹⁴⁴.

jurídico que, tanto en el plano procesal como en el material, acompaña a estas diversas consecuencias del delito. El juego de palabras pretende simplemente evocar la idea de que, tal y como generalmente se admite, igual que a la hora de construir la teoría jurídica del delito es sensato atender a las consecuencias que de ella se desprenden, cuando se construyen los conceptos de las distintas reacciones jurídicas es preciso tomar en consideración las implicaciones que ello tendrá.

⁹⁴¹ JUNG, H., *Was ist Strafe?*, p. 41.

⁹⁴² *Ibíd.*, p. 78.

⁹⁴³ *Ibíd.*, p. 78.

⁹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 82. Puede que sea posible considerar próxima a la posición descrita la postura de ALONSO RIMO, A., *Estudios Penales y Criminológicos*, p. 117, cuando considera “preferible la renuncia a lograr una perfecta escisión conceptual entre penas y medidas de seguridad —que, insisto, mantienen en todo caso ciertos márgenes de independencia—, que al amparo de dicho prurito cientificista defraudar las garantías básicas inherentes a un Estado de Derecho”.

Quizás quepa interpretar también en una línea similar a GRECO, quien, tras ofrecer las notas mínimas que han de estar presentes en el concepto de “pena” (imposición estatal de un mal, consecuencia de la comisión de un delito e intensidad especial del mal) consideró en un primer momento que “[s]iempre que el mal impuesto alcance determinada gravedad, tal como en general sólo la alcanzan los males que se denominan penas, se estará en presencia de una pena que recién podrá aplicarse si se dan las condiciones estrictas de justificación de teoría de la pena”⁹⁴⁵. Sin embargo, lo cierto es que este último autor ha modificado su concepción sobre el concepto de pena recientemente en extremos no precisamente irrelevantes a los efectos que ahora nos ocupan; de manera que, con certeza, esa opinión ya no le puede ser atribuida de manera legítima. De esta forma, GRECO desplaza últimamente el acento desde lo cuantitativo (intensidad de la lesión) hasta lo cualitativo (naturaleza del derecho afectado) como uno de los criterios determinantes para distinguir las penas de otras privaciones de derechos⁹⁴⁶.

⁹⁴⁵ GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, p. 228. Y prosigue el autor citado para ejemplificar sus consideraciones: “[e]sto significa, p. ej., que las multas por valor de millones de euros son verdaderas penas, más allá de lo que diga el Derecho positivo, que en vista de que no cumplen algunos presupuestos de la pena legítima no parecen justificadas. Lo mismo vale para los *punitive damages* del Derecho civil. De estas consideraciones se deriva una obviedad que, empero, debe ponerse de resalto con énfasis: las *reacciones más severas* deben considerarse *siempre como penas*. Esto no puede evitarse diciendo que las medidas de seguridad o las multas no son penas en razón de que ‘no han de ser penas’. Por tanto, la pena no es, precisamente, ‘algo esencialmente diferente, mayor, más noble’ que una medida de seguridad, antes bien toda medida de seguridad impuesta por el Estado que objetivamente opere como reacción frente a un supuesto delito y que constituya una imposición de un mal suficientemente grave, muy probablemente será una pena. Si algo no ha de ser una pena, pero realiza todos los elementos del concepto de pena, entonces ese algo es una pena ‘que no ha de ser’, es decir, una pena ilegítima pero, al fin y al cabo, una pena”.

⁹⁴⁶ Así, ofreciendo ahora una necesariamente sucinta descripción de su postura, cabe apuntar lo siguiente. En primer lugar, el autor declara expresamente que percibe la necesidad de “precisar o, incluso, corregir” sus previas reflexiones sobre el concepto de pena (GRECO, L., *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 640). Tras ello distingue los dos planteamientos desde los que se puede hablar de concepto de pena: el filosófico jurídico y el sectorial (“pena a los efectos de” tal o cual precepto o principio), adscribiendo sus consideraciones, con carácter general, al primero de ellos (p. 640). Tras describir su propio planteamiento inicial, del que ahora se desdice, incluye (junto a la necesidad de evitar incorporar las condiciones de su legitimidad en el concepto de pena y ofrecer un concepto que no se preste fácilmente al fraude de etiquetas) la obligación de que el concepto ofrecido no abarque demasiado, pues de resultar demasiado amplio podría acabar produciendo un efecto global de relajación de las garantías que han de acompañar a todas las penas (p. 644 y ss.). Llegados a este punto se cuestiona la importancia de la gravedad del mal (a la que, en su momento, tanta importancia concedió) y propone orientar la cuestión a la perspectiva cualitativa (p. 647 y ss.). Así, plantea su argumentación en cuatro escalones: la búsqueda (histórica e intuitiva) de todas aquellas restricciones de derechos que son calificadas indiscutidamente como penas, la determinación (inductiva) de lo que todas ellas tienen en común, la concreción del argumento teórico que puede legitimar tales restricciones de derechos y la aclaración de las relaciones entre pena y culpabilidad (pp. 652 y ss.). De forma muy sintética, se acaba por sostener que, frente a otras formas de privación de libertades que afectarían a derechos adquiridos (*erworbenen Rechte*), las penas constituyen una afectación a derechos

Recientemente han surgido también en el entorno jurídico anglosajón propuestas como las aquí reseñadas. Especialmente interesante resulta el planteamiento de CHIAO, quien defiende la adopción de una “perspectiva pragmática de las garantías propias del Estado de Derecho” (*due process pragmatism*)⁹⁴⁷. La tesis que sostiene este autor, expuesta ahora en apretada síntesis, sería la de que, en tanto que la calificación como “penal” de una privación de derechos comporta trascendentes repercusiones prácticas, es importante renunciar a un planteamiento puramente formal que atienda meramente al propósito

innatos (*angeborene Rechte*), paradigmáticamente la vida, la integridad corporal, la libertad deambulatoria y la capacidad jurídica, y merecen por ello una fundamentación especial que, entre otras cosas, ha de apelar al comportamiento libre del propio afectado. Así, el autor cuenta ya con un concreto concepto de “pena en sentido estricto”: “privación de derechos innatos que es impuesta por un Estado o una estructura asimilada (*staatsähnlichen Gebilde*) como reacción objetiva a la adopción de un comportamiento defectuoso (*Fehlverhalten*)” (p. 659). Esta definición le servirá luego para establecer una clasificación tripartita de penas: penas en sentido ontológico, penas por asimilación (*Strafen im übertragenen oder abgeleiteten Sinne*) y penas convencionales (pp. 660 y ss.). Las primeras serían las que encajan sin mayores problemas en la definición ofrecida (por ejemplo, la pena de prisión), las segundas se compondrían de aquellas privaciones de derechos que no afectan de forma inmediata a los derechos innatos, pero que podrían hacerlo de manera mediata (por ejemplo, la pena de multa cuando está previsto el arresto sustitutorio por su impago) y, en consecuencia, merecen idénticas garantías, y las terceras serían aquellas que no merecen intrínsecamente las garantías propias de las penas, por no suponer afectación de derechos innatos, pero a las que el legislador ha querido conceder tal estatus (por ejemplo, las “penas” a personas jurídicas). Por lo que respecta a las medidas de seguridad y a su eventual caracterización como penas, destaca este autor que sería demasiado simple afirmar que estas nunca puedan merecer tal calificación (p. 691). De este modo, sostiene prudentemente que la clave en relación con la custodia de seguridad residirá en si esta puede ser concebida *en sentido objetivo* como una reacción a un comportamiento erróneo, lo que se podría constatar por la semejanza que pudiera llegar a guardar con la pena (p. 692); razonamiento que emplea en semejantes términos luego con la libertad vigilada (p. 692). El planteamiento ofrecido merecería un análisis más reposado que el que aquí, por diversos motivos, se puede ofrecer. Con todo, baste apuntar que esta sugerente propuesta no es del todo irreconciliable con la que aquí se desarrolla. La distinción entre lo cuantitativo y lo cualitativo, así como la distinción entre derechos innatos y adquiridos (en caso de ser aceptada), resulta clara en sus extremos y discutible en los supuestos difíciles. Así, no cabe duda de que cuando se afectan derechos especialmente valorados es preciso contar con mayores cautelas que cuando se afectan derechos de menor entidad, pero es este un planteamiento unidimensional que atiende solo a una parte del problema (el derecho lesionado) y deja en segundo plano la propia intensidad de la lesión, que puede ser extremadamente variable. Creemos que pequeñas afectaciones de grandes derechos pueden llegar a equipararse a grandes afectaciones de pequeños derechos. Por otra parte, no consideramos demasiado preocupante el riesgo de que un concepto supraincluyente de pena conduzca a una rebaja de garantías (lo que, en todo caso y aunque se emplee como punto de partida, pertenece a lo contingente) en comparación con el de incurrir en diversos fraudes de etiquetas. Entre ambos riesgos, consideramos preferible enfrentar el primero (seguramente menos probable y, en cualquier caso, igualmente grave). Pese a las (prácticamente insignificantes) discrepancias, o precisamente por ellas, creemos que el de GRECO es un enfoque que merece una atención mayor de la que hasta ahora, probablemente por su novedad y su ubicación, ha recibido. Ello por su aportación al debate, por un lado, pero, por otro, por la presencia en el conflicto entre su argumentación previa y la actual de una inevitable tensión entre dos formas de concebir las restricciones de derechos: una, creemos, más subjetiva (centrada en la intensidad de la lesión) y otra más objetiva (orientada al objeto de la lesión). Dos perspectivas ciertamente interesantes y potentes, pero, seguramente, no fácilmente reconciliables.

⁹⁴⁷ CHIAO, V., *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, Oxford University Press, Nueva York, 2019, pp. 182 y ss.

declarado por el legislador. Un criterio formal sería tan suprainclusivo (dotaría de garantías excesivas a privaciones de derechos que no las merecen) como infrainclusivo (daría lugar a graves restricciones de derechos sin las limitaciones que serían adecuadas)⁹⁴⁸. Sería preciso acudir, entonces, al criterio de la gravedad de la sanción como criterio delimitador⁹⁴⁹. En todo caso, y es este un aspecto interesante de la propuesta, para alcanzar el objetivo perseguido no sería preciso entrar siempre en el debate conceptual acerca de si una institución es o no penal y bastaría simplemente con extender el ámbito de la aplicación de tales garantías a supuestos no penales⁹⁵⁰. Y es que, como señala el autor, lo que se encuentra especialmente protegido por la Constitución no es la necesidad de distinguir sanciones penales de aquellas otras de diversa naturaleza, sino el conjunto de garantías que han de acompañar a las privaciones de derechos⁹⁵¹. En definitiva, y como hace tiempo señalara STEIKER, demasiadas veces el problema de la definición de la pena contribuye a ocultar otra pregunta en principio independiente: qué garantías han de acompañar a las instituciones no punitivas del “Estado de la prevención”⁹⁵².

La propuesta defendida en este trabajo no busca, por supuesto, negar la trascendencia que debe tener para la correcta definición de un instituto jurídico la satisfacción de la función primaria que esté llamado a desempeñar⁹⁵³. Ahora bien, lo que se pretende poner de

⁹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 190.

⁹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 184.

⁹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 210.

⁹⁵¹ *Ibíd.*, pp. 217 y ss.

⁹⁵² STEIKER, C. S., “The Limits of the Preventive State”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 88, n.º 3, 1998, pp. 777 y ss. El descuido de este tema podría obedecer, siguiendo a la propia autora, a condicionamientos históricos. El origen de la Constitución estadounidense habría coincidido con un contexto jurídico en el que las verdaderas amenazas procedían de la intervención punitiva del nuevo gobierno federal. Con el transcurrir de los años y la aparición de nuevas formas de ejercicio de poder se deberían abordar estas nuevas amenazas a las libertades desde un texto cuyos autores ni siquiera podrían imaginar los cambios que tendrían lugar (pp. 778 y ss.). Salvando las distancias, que probablemente sean muchas, quizás una interpretación histórica de similar cariz podría explicar por qué en el ámbito continental estos problemas, primero, no son tan graves y, segundo, pese a todo existen.

⁹⁵³ Por eso, situadas en sus justos términos, las observaciones efectuadas por FRISCH, W., *InDret*, 2007, pp. 13 y ss., pueden ser muy valiosas. Este autor sostiene que “en un ordenamiento jurídico concebido con carácter instrumental un delineamiento y una distinción racionales de los institutos jurídicos sólo son posibles, preguntándose tanto por la finalidad de esos institutos como por los instrumentos específicos a los que se recurre para alcanzar la finalidad propuesta. La relevancia de estos criterios se deriva, al mismo tiempo, del hecho de que ellos también interesan bajo el aspecto de la justificación del instituto respectivo, y ello tanto en los fundamentos como en la medida. Si a partir de estos aspectos

relieve es que esta función no es la única que debe regir la configuración final de la misma y, en todo caso, que tal función (que, como el fundamento, muta en atención al lugar desde el que se observe) cuenta con límites constitucionales debidamente consagrados. En principio, y haciendo abstracción de los potenciales daños colaterales que ello pudiera tener sobre la confianza de la ciudadanía en el sistema, una pena (o una medida) sería más útil o funcional liberada de cualquier constrictión impuesta por principios axiológicos. Ahora bien, esas no son (afortunadamente) las consecuencias jurídicas de nuestro tiempo.

Una vez más, no puede ser solo la mayor o menor dimensión afflictiva la que determine (aunque sí “condicione”) la calificación de una consecuencia jurídica en un sentido u otro a los concretos efectos de las garantías que habrán de acompañarlas. Por supuesto, ha de atenderse también a la concreta función que esta desempeñará. Ello es indispensable, entre otras cosas, para una correcta distinción analítica que nos permita diferenciar, por ejemplo, entre la prisión, el internamiento médico coactivo del incapaz y la cuarentena

decisivos surgen diferencias, las demás consecuencias son irrelevantes, porque ellas resultan contingentes desde el punto de vista normativo”. Esta afirmación se puede condensar en una idea repetida hasta la saciedad en páginas anteriores: las instituciones no son “distintas” o “parecidas” sin más (o, al menos, esto no tiene ninguna trascendencia); lo relevante es si las instituciones son “distintas” o “parecidas” en “lo que importa”. En función de qué sea eso que “importe” podremos llegar a conclusiones muy diferentes. FRISCH analiza en ese trabajo la cuestión de la satisfacción de las necesidades preventivas por parte de una y otra institución y, por ello, desde esa perspectiva, trazar en atención a tal criterio la diferencia resulta vital (“mientras que las medidas de seguridad persiguen”, dice, “fines de prevención especial y toman ese concepto de forma irrestricta, respecto de la pena la prevención especial constituye solo uno de varios objetivos y, por cierto, uno que ni siquiera es siempre significativo”). Ahora bien, cuando el objetivo de la distinción sea otro (como otro es ahora el nuestro) no se podrá aplicar sin más el mismo criterio de distinción. Por eso, con algunas reservas, creemos que acierta FRISCH, desde la perspectiva que motiva su trabajo, al sostener que, a diferencia de la medida de seguridad, y eso sería algo esencial, “la pena es considerada expresión de un juicio de disvalor frente al autor a causa de su hecho” (p. 16). Pese a ello, parece que tiene razón, entre otros NOWAKOWSKI, F., “Die Maßnahmenkomponente im StGB”, pp. 197 y ss., cuando recalca que este “reproche” puede hallarse también en lo que entendemos tradicionalmente como medida de seguridad. De nuevo, el problema estaría en analizar las medidas de seguridad como una unidad. Está claro que en la medida terapéutica no hay reproche alguno, pero esto es mucho más dudoso en relación con las medidas de seguridad de corte inoquizador. Así, como muy plásticamente señala, criticando a quienes ven la diferencia esencial entre una y otra institución en el “reproche ético-social”, ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, p. 99, “entonces no se puede comprender cómo se debería plasmar, por ejemplo, que el reproche resida solo en el castigo y no en la privación del permiso de conducir en un delito de conducción en estado de embriaguez (*Trunkenheit im Verkehr*) (§ 69 [StGB]). Lo mismo vale para la custodia de seguridad, la prohibición de desempeñar un oficio, etc. La mayoría de la gente y los autores interpretarán la imposición de tales medidas, con razón, como un duro fracaso y en el caso de los responsables también como reproche social, de manera que la suposición de que el reproche se encontraría presente solo en la pena es discutida en la vida real (*Lebenswirklichkeit*)”. Esta situación se vuelve todavía más compleja si tenemos presente que, como recuerda GÄRDITZ, K. F., *Strafprozess und Prävention: Entwurf einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeit- und Funktionenordnung*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2003, pp. 133 y ss., muchas de estas restricciones de derechos se pueden adoptar en términos muy similares por el Derecho administrativo.

del enfermo infeccioso. Ahora bien, el hecho de que tales instituciones respondan a diversas funciones no debería condicionar excesivamente el régimen de garantías.

Esto admite, no obstante, alguna precisión. La satisfacción de determinadas funciones podría contar con garantías adicionales que supusieran un efecto disuasorio de cara a eventuales manipulaciones del poder público (pensemos, por ejemplo, en la garantía del aforamiento de los parlamentarios). Las garantías penales, procesales y constitucionales no están pensadas solo para regular el *uso* de una institución, sino también para contener el *abuso* que de la misma se pueda hacer y, por tanto, no responden a una lógica unitaria. En este sentido, puede ser razonable desde una perspectiva político-jurídica reforzar las garantías de aquellas instituciones particularmente propensas al abuso estatal (ya sea por la trascendencia de los intereses reconocidos por el propio Estado en la materia, ya sea por las propias dinámicas en las que determinados colectivos del funcionariado público pueden hallarse)⁹⁵⁴. En todo caso, tales diferencias serían, en principio, menores y no podrían llegar a justificar un trato cualitativamente distinto. Lo esencial ha de ser, pues, la dimensión aflictiva. El daño que el Estado voluntariamente inflige a uno de sus ciudadanos obliga a adoptar cautelas especiales tanto por la intensidad del daño, como por su procedencia (y solo en menor medida por su finalidad, maleable y mucho menos determinable que los elementos anteriores).

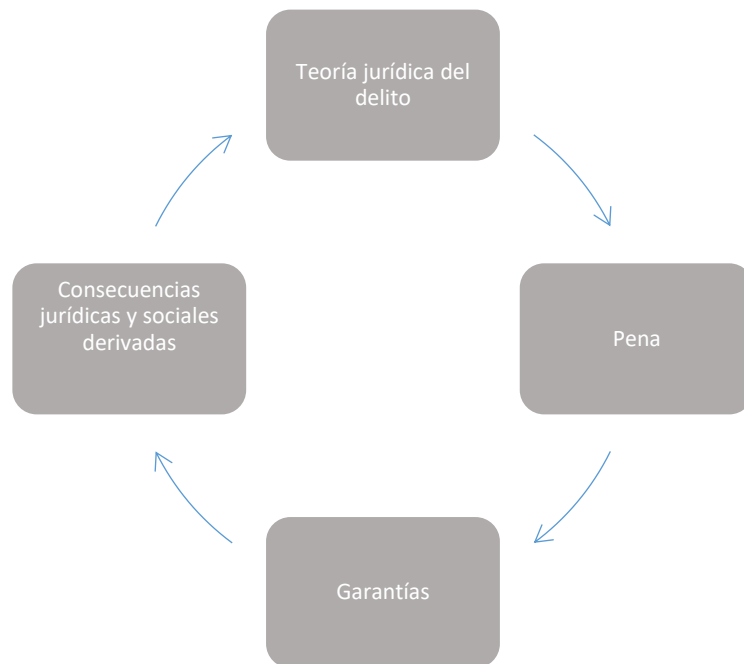
En todo caso, como se apuntaba antes, no se trata de una cuestión puramente nominalista. Puede ser razonable reservar el término “pena” o “medida” en atención a la función que cada una de ellas está llamada a desempeñar y no prioritariamente a su intensidad lesiva⁹⁵⁵. Ello permite, además, efectuar una razonable distribución de competencias entre ámbitos de especialidad: determinados sectores científicos o académicos atienden a tal o cual función del ordenamiento jurídico del Estado. Y permite también observar de forma

⁹⁵⁴ En este sentido, y en el marco del estadio actual de la sociedad y su configuración estatal, parece que para el poder público resulta una vía más tentadora de intervención la criminalización de conductas que las terapias del carácter. Es razonable, pues, incluir quizás alguna garantía adicional en el sector específicamente penal (pero no por una cuestión estrictamente axiológica, sino por una simple máxima de cautela). Del mismo modo, determinadas clases de actividades (políticas o pseudo-políticas) pueden resultar más irritantes para el Estado y, sin embargo, más valiosas para la democracia. Por ello, tiene sentido blindar especialmente estos campos; lo que, por cierto, haría necesario que la ilegalización de partidos políticos fuera contemplada en todo caso como una sanción penal y no como una decisión administrativa.

⁹⁵⁵ Así, por ejemplo, distribuimos los términos “droga” y “medicación” en atención a funciones y no a sus efectos, perfectamente equiparables. Algo similar hacemos al analizar el “derecho de corrección”. Encerrar a un niño de diez años en su habitación puede ser un castigo educativo (si va acompañado de tal ánimo) o un trato degradante y privativo de la libertad deambulatoria si obedece al único propósito sus padres de no verlo por estar irritados.

más precisa sus efectos sobre la realidad. Pero no debe confundirse esta cuestión nominal, como a veces parece suceder, con el problema de las garantías⁹⁵⁶.

De este modo se dibuja una compleja trama de relaciones entre instituciones jurídicas, sistemas que las emplean, garantías que se imponen y consecuencias que se esperan y desean o rechazan. Quizás una explicación gráfica razonable para ilustrar, por ejemplo, las relaciones entre pena y teoría jurídica del delito sea la siguiente:



En este sentido, la teoría jurídica del delito moldea un concepto de pena del que se derivan una serie de garantías de cuya combinación se generan una serie de consecuencias jurídicas o sociales más o menos valiosas que, a su vez, retroalimentan a la propia teoría jurídica del delito como *feedback* de la misma del que se pueden extraer algunas propuestas de mejora. Ahora bien, la particularidad de este diagrama es que puede funcionar en el sentido absolutamente inverso: de las consecuencias jurídicas y sociales a las que se dirige el Derecho penal se derivarán una serie de cautelas (garantías) que

⁹⁵⁶ O puede también, si se prefiere, hablarse de un concepto constitucional de pena (o varios) y de otro estrictamente penal, aunque tememos que el siempre presente riesgo de hipertrofia conceptual puede ser un motivo disuasorio bastante para no emprender este camino. Precisamente por ello no parece la opción más recomendable.

conformarán el instrumento jurídico básico (pena) que terminará por dar forma al propio sistema (teoría jurídica del delito)⁹⁵⁷.

De la combinación de las direcciones de este ciclo surge, en nuestra opinión, un mapa razonablemente descriptivo de cómo funciona la relación entre sistema del delito, consecuencias, instrumentos y cautelas. Y, de este modo, se percibe mejor cómo se configuran los contornos de la pena (directamente desde su función y sus garantías; indirectamente desde sus consecuencias). El problema es que, en ocasiones, se observa este proceso de un modo exclusivamente unidireccional, olvidando que la rueda puede girar (y gira) en ambos sentidos, complicando el proceso, pero otorgándole más sentido.

5. Alguna posible objeción

Para concluir este epígrafe seguramente sea necesario salir al paso de una crítica que quizás se pueda dirigir a esta construcción. Hasta este momento se ha partido de que la lesividad de la pena puede ser equiparable a otras instituciones jurídicas de carácter sancionador o, en un sentido más amplio, represivas. Sin embargo, lo cierto es que existe al menos otra forma de privación de derechos que puede alcanzar también dimensiones extraordinariamente elevadas y que ha sido en el desarrollo de esta discusión dejada de lado. Nos referimos ahora al Derecho de daños⁹⁵⁸.

⁹⁵⁷ Aunque este sería el planteamiento básico de las relaciones entre unos y otros factores lo cierto es que seguramente la realidad sea todavía más compleja y admita también, por ejemplo, alterar el orden de los distintos factores. Al final, la idea básica de la que se debe partir sería que todos ellos se encuentran estrechamente relacionados y que la alteración de cada uno de ellos modifica el resultado del conjunto. Poniendo el acento, por ejemplo, en la propia teoría jurídica del delito, este planteamiento resulta, en principio, conciliable con la propuesta interpretativa que ofrece SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 312, de que “la elaboración de las categorías no debe orientarse únicamente a los fines de la pena (o la medida de seguridad) (...) penas y medidas de seguridad no son las únicas consecuencias jurídicas de la aplicación del Derecho penal a un supuesto. Hay un tercer *output* del sistema del Derecho penal, que es la *libertad*, y que ha de tenerse siempre presente”. Al fin y al cabo, cada Derecho penal es, tal como explica el citado autor, la síntesis de la tensión dialéctica entre una “tesis” (necesidades de protección) y su “antítesis” (garantías) (p. 310).

⁹⁵⁸ Prescindiremos aquí de otra cuestión relevante que podría merecer quizás un mayor desarrollo. Esta no es otra que la de qué sucedería con aquellas obligaciones que el Estado impone que pueden ser extraordinariamente lesivas, pero que no suponen en puridad una lesión de derechos, pues lo que está haciendo el legislador es enmendar una situación a la que el (ahora) sujeto lesionado no tendría derecho. Esto sucedería, por ejemplo, con la obligación judicial de cumplir un contrato previo, la demolición de una construcción no autorizada o, en opinión de algún autor, con el decomiso de ganancias. En este punto nos permitimos remitirnos a la interesante argumentación desarrollada por CASTELLVÍ MONSERRAT, C., *InDret*, pp. 27 y 36. La idea, ahora condensada, sería que estas actividades estatales no consistirían en privación de derechos alguna, pues el perjudicado no tendría

DUDLEY JR., partidario como se es aquí de que la correcta comprensión de una institución requiere también una mirada atenta a las garantías que han de acompañarla, se ha enfrentado directamente a esta objeción en un interesante trabajo⁹⁵⁹. Allí plantea como posible crítica al propósito de llevar a cabo esta asociación de “a mayor lesividad, mayores garantías” el problema de si tal principio también debería ser aplicable al Derecho de daños y apunta, con indiscutible acierto, que la reparación civil de unas lesiones producidas, por ejemplo, en un accidente de tráfico, puede suponer afectaciones del patrimonio muy superiores a las que conllevan las sanciones que se pueden imponer para tratar de evitarlo⁹⁶⁰. A ello replica que una contestación posible sería la de que, efectivamente, aquí se produce un desajuste y que la mejor solución al problema podría pasar por extender también a las reparaciones de carácter civil unas garantías más vigorosas⁹⁶¹.

Creemos que, por varios motivos, eso supondría ir demasiado lejos. La existencia, aquí sí, de nítidas diferencias estructurales y funcionales en uno y otro sector del ordenamiento (Derecho de daños frente a Derecho penal) imponen esta conclusión⁹⁶². Por un lado, a

ningún derecho a consolidarse en su situación ilícita. No se puede restringir, en definitiva, un derecho que no existe.

⁹⁵⁹ El trabajo en cuestión (“Getting beyond the civil/criminal distinction: a new approach to the regulation of indirect contempts”, *Virginia Law Review*, vol. 79, 1993) es ciertamente curioso, pues a raíz de cuestionarse la naturaleza jurídica de las “sanciones” que los tribunales anglosajones pueden imponer en el ejercicio de las potestades de “policía de estrados” (extraordinariamente más amplias en esa cultura jurídica que en la nuestra) analiza varias de las objeciones a las que, en su opinión, han de enfrentarse algunas formas tradicionales de la delimitación de la naturaleza penal y civil de distintas instituciones. Es cierto, con todo, tal y como hemos apuntado antes (vid. supra, nota 912), que el análisis que realiza no es en todo punto extrapolable a nuestro ordenamiento por las enormes diferencias que en este punto existen entre el Derecho anglosajón y el continental. Para empezar, dentro de la etiqueta “civil” se incluyen algunas instituciones que, sin duda alguna, en nuestro entorno jurídico caracterizaríamos como administrativas. Por otro lado, la existencia de “daños punitivos” condiciona toda su discusión acerca del derecho de daños. Sin embargo, con las debidas cautelas, algunas de las cuestiones que allí se señalan pueden aportar algo de luz a la discusión.

⁹⁶⁰ DUDLEY JR., E. C., *Virginia Law Review*, p. 1064. En todo caso, la afirmación es ligeramente imprecisa, pues no se trata de consecuencias de distinta magnitud para una misma infracción, sino de consecuencias diferentes para diversas “infracciones”. En aquella en la que interviene el Derecho de daños la producción de un evento lesivo, en aquella en la que interviene una sanción administrativa o penal, el incumplimiento de una norma de tráfico que genera una situación de un peligro más o menos abstracto.

⁹⁶¹ *Ibíd.*, p. 1064. Aunque luego matiza mucho esa afirmación en atención también a la diferente dimensión comunicativa de uno y otro sector del ordenamiento y a la legitimidad democrática que puede tener el legislador para decidir atribuir distintas garantías en ambos casos para la persecución de sus objetivos (p. 1065).

⁹⁶² Las consideraciones que a este respecto siguen son deudoras de las distintas conversaciones sobre el particular con Marta PANTALEÓN DÍAZ que tuvieron lugar en Friburgo el verano de 2019.

diferencia de lo que sucede en el Derecho penal, en el ámbito civil el atribuir garantías para uno de los sujetos implicados en el conflicto privado supone irremediablemente imponer obstáculos para que otro pueda hacer valer sus pretensiones. Aquí, además, en contraste con lo que acontece en el Derecho penal, el ordenamiento no tiene (ni debe tener) preferencia por cómo se distribuyan estas garantías ni las posibilidades de error⁹⁶³. Al fin y al cabo, no hablamos aquí de establecer límites a la intervención del Estado sobre sus ciudadanos, sino acerca del modo de distribuir entre dos ciudadanos “anónimos” un daño que ya existe. Si acaso, el ordenamiento jurídico puede llegar a tener (de hecho, lo hace) una preferencia mínima por el mantenimiento del *statu quo* que cristaliza en la exigencia de una probabilidad preponderante (y no equivalente) para dar por probado aquello que una de las partes implicadas alegue⁹⁶⁴. En algún sentido, cabe decir, bien es cierto que de un modo algo impreciso, que del error en el proceso civil, cuando se dirimen estas cuestiones, no se deriva más daño que el de una incorrecta distribución de bienes y no, como sucedería en el proceso penal, el de la posible destrucción injustificada de los mismos (paradigmáticamente, la libertad del acusado).

Por otro lado, y conectando ahora con lo que páginas atrás se comentaba del propósito disuasorio de las garantías frente al abuso del poder público, el riesgo de “manipulación” del proceso civil por parte del Estado es, en principio, irrelevante. Lo habitual será que el poder público no tenga intereses directos en juego en este ámbito. Por ello, no sería especialmente necesario blindar a uno de los partícipes en el proceso frente a otro, pues se trataría de una “lucha justa”⁹⁶⁵.

⁹⁶³ En esta línea parece apuntar también SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, pp. 89 y ss. E igualmente lo hace, aunque sin desarrollar apenas la intuición, CHIAO, V., *The Age of the Administrative State*, pp. 184 y ss.

⁹⁶⁴ Cuestión distinta es que, evidentemente, el propio ordenamiento jurídico-civil adopta especiales cautelas cuando el daño a ser redistribuido alcanza una determinada envergadura. Un régimen de recursos diferenciado en atención a las diversas cuantías en juego es la mejor muestra de ello.

⁹⁶⁵ Es evidente que mantener que las dos partes de un proceso civil son agentes privados no conlleva (está lejos de hacerlo) que estas se encuentren en posición de igualdad. Simplemente se excluye con esta afirmación el que el aparato del Estado tenga, en principio, un interés específico en que el conflicto se resuelva de una u otra forma. Además, nuestro ordenamiento jurídico es (parcialmente) sensible a esta clase de problemas y hace que en sectores donde sistemáticamente se reproducen conflictos entre partes enormemente desiguales, paradigmáticamente en el Derecho de consumo, se reconozcan algunas normas de carácter sustantivo y procesal que tratan de paliar algo esta desventaja por parte de uno de los contendientes.

Por último, y aunque dista mucho de ser este el argumento más importante (de hecho, hace referencia a efectos no directamente perseguidos por el Derecho de daños), se debe reconocer que el coste en términos de utilidad social del establecimiento de las garantías prototípicamente penales en los procesos civiles sería, paradójicamente, mucho mayor del que supone su mantenimiento en el Derecho penal. Por supuesto, el “coste de las garantías” para la operatividad del sistema no es lo decisivo a la hora de configurarlas (ello depende fundamentalmente de consideraciones de carácter axiológico). Ahora bien, reconocer que lo tienen y que, en casos extremos, pueden llegar a convertirse en un factor susceptible de ser tomado en cuenta parece un punto de partida básico si se admite que el propósito de las garantías es precisamente el de contribuir a la conformación, en algún modo, de una “sociedad mejor”. En estos términos, la traslación de las garantías penales a los procesos civiles por daños supondría la práctica inoperatividad de este sector del ordenamiento y transmitiría el mensaje de que, en realidad, el ordenamiento jurídico no obliga a reparar los daños que hacemos a otros. Teniendo en cuenta que, en la práctica, la posibilidad de producir daños de modo descuidado es mayor que la de cometer delitos el mensaje de que ya no se responde por tales daños sería mucho más lesivo socialmente (y contribuiría, de manera curiosa, al incremento también de los delitos imprudentes).

En todo caso, si los argumentos aquí expuestos no fueran suficientes la consecuencia lógica no sería que la propuesta de equiparación “más gravedad, más garantías” fuera incorrecta, sino, simplemente que, como apuntaba DUDLEY JR., no quedaría más remedio que extenderlas también a este sector. Reconocer las salvedades que el Derecho de daños supone en este punto (donde, recordemos, puede implicar indemnizaciones muy superiores a las multas penales o administrativas que puedan corresponder a sucesos parecidos) no comporta admitir falta alguna en las construcciones pensadas para el Derecho sancionador, sino sencillamente asumir las distintas lógicas y funciones pertenecientes a distintos sectores del ordenamiento⁹⁶⁶.

Toda esta discusión resulta útil para complementar algunas de las ideas expuestas. Decíamos que las garantías han de responder esencialmente a la lesividad que supone la concreta restricción de derechos. Pero admitíamos, también, que no puede ser este el

⁹⁶⁶ A este respecto, resulta de extraordinario interés la tesis doctoral de Marta PANTALEÓN DÍAZ (*Dogmática comparada del delito y de la responsabilidad civil extracontractual*) todavía en fase de desarrollo.

único criterio y que la satisfacción de determinadas funciones puede merecer alguna cautela adicional o que, inversamente, la persecución de algunas finalidades podría hacer menos necesaria la existencia de un conjunto sofisticado de garantías. Las precedentes consideraciones acerca del Derecho de daños nos muestran un ámbito donde esta afirmación se vuelve especialmente clara. Conceder garantías a una parte supondrá hacer de peor condición a otra cuando no hay ningún motivo legítimo para proceder a tal distribución. Por contrapartida, en aquellos ámbitos en los que el Estado pueda tener un específico interés, más o menos coincidente con el de un ciudadano concreto, tiene sentido ser más cauteloso.

Así, las garantías frente a la intervención estatal pueden responder a tres escenarios claramente diferenciables. Por un lado, supuestos donde el interés del Estado y el del individuo convergen (al menos parcialmente). Sería este el caso de las medidas de seguridad de carácter terapéutico. En este contexto las garantías han de perseguir igualmente dos finalidades: constatar la convergencia de intereses y gestionar la divergencia (mayor o menor) que exista. Por otro lado, encontraríamos supuestos donde el Estado no tiene interés alguno que oponer al individuo, o, dicho de otro modo, no tiene una preferencia concreta por la forma en que se resuelva un conflicto. Supuesto emblemático aquí sería, como vimos, el Derecho de daños. En este ámbito las garantías solo pueden perseguir, en su caso, proteger a una parte estructuralmente más débil y evitar la manipulación del proceso. Y, finalmente, habría supuestos en los que los intereses entre el Estado y el individuo afectado son claramente contrapuestos. Esta sería la situación de las penas, pero también de las medidas de seguridad de corte inocuidador. Es aquí donde la existencia de suficientes garantías se erige en elemento vertebrador de la adecuada resolución del conflicto.

De este modo, la gravedad de la restricción de derechos desempeña el papel protagonista en la decisión acerca de cuáles han de ser las garantías precisas, pero la concreta función que tal privación de derechos suponga podrá implicar una intensificación o flexibilización de las mismas y, especialmente, determinará la forma concreta que adopten (en atención a la situación de conflicto o convergencia de intereses que tal función implique). Esto último sucede porque la concreta función desempeñada afecta a la necesidad de las cautelas y a la decisión acerca de la mejor forma de materializarse. Así, por ejemplo, en los casos de una grave privación de derechos en atención a un supuesto de convergencia

de intereses, se requerirán esencialmente cautelas que garanticen, de forma muy cuidadosa, que tal convergencia efectivamente acontece. De este modo, aterrizando la cuestión en el ámbito de las medidas de seguridad de carácter puramente terapéutico-asistencial, las garantías, como efectivamente sucede, han de dirigirse ante todo a constatar los elementos de la convergencia (la necesidad terapéutica y su forma de tratamiento) y a poner límite a los supuestos de divergencia (el límite temporal al tratamiento de la peligrosidad). Por el contrario, en el ámbito de las penas y de las medidas de seguridad de corte eminentemente inocuizador el objetivo habrá de ser, en esencia, limitar la instrumentalización del individuo en aras a la persecución de fines sociales y proceder a una adecuada distribución de los costes de la solución adoptada⁹⁶⁷.

De esta manera, la afflictividad y la función de las privaciones de derechos serán los parámetros más adecuados para perfilar las garantías que han de acompañar a estas. La afflictividad desempeñará el papel central (la necesidad de las garantías) y la función modulará determinados extremos (ayudará a perfilar de qué manera se concretan tales garantías).

En definitiva, podemos comprobar que penas y medidas de seguridad de corte inocuizador representan amenazas igualmente graves para los derechos de los individuos, dado que pueden tener un idéntico potencial lesivo y presentan, además, una idéntica estructura de conflicto de intereses. Así, de este modo, sería razonable sostener que, a los efectos de las

⁹⁶⁷ Esta taxonomía, aparentemente sencilla, puede complicarse indefinidamente en atención, lógicamente, a las distintas hibridaciones que pueden tener lugar entre diferentes funciones. Esto se aprecia con especial claridad, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que a las penas se les atribuye un marcado papel preventivo-especial positivo. En estos casos, la errónea creencia de que el interés del penado y de Estado van de la mano (pues este último solo pretende *ayudar* al primero) es un foco potencial, paradójicamente, de pérdida de garantías. De hecho, creemos que sería posible interpretar buena parte de los excesos históricos de la prevención especial positiva en estos términos. Al fin y al cabo, ¿por qué ha de limitarse el Estado si lo que está haciendo es algo bueno? ¿No sería absurdo, y poco solidario, poner límites a la “ayuda” que recibe el penado por parte del Estado? Parece que por este y otros muchos motivos —muy señaladamente la inconsistencia racional señalada por MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en BARBERO SANTOS, M., CEREZO MIR, J., GIMBERNAT ORDEIG, E. y NÚÑEZ BARBERO, R. (Coords.): *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 390 y ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pp. 26 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 32; o RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 55, de sostener el condicionamiento social del crimen y, a la vez, la necesidad de reinsertar al penado en una sociedad criminógena— se debe poner siempre especial cuidado en las funciones preventivo-especiales positivas de las penas. Más allá del potencial moralizante y perfeccionista que encierran, disponen de pocos límites internos (siempre se puede uno reinsertar más) y externos (¿por qué imponer límites a una función valiosa de la que todos, también el condenado, nos beneficiamos?).

garantías que han de acompañarlas, penas y medidas inocuizadoras “son” lo mismo. Veremos a continuación de qué manera estas consideraciones se manifiestan en algunos de los extremos más tradicionales de la discusión.

III. Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad para imputables

Llegados a este punto es hora de interrogarnos, pues, acerca de dónde puede residir la legitimación de la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables de forma complementaria a la pena. A tal efecto será preciso realizar una serie de consideraciones previas. Algunas de ellas son indiscutidas, otras, en cambio, no se podrán catalogar precisamente de “ortodoxas”. Todas, sin embargo, serán necesarias para abordar una cuestión que en muchas ocasiones es, en el mejor de los casos, obviada y, otras, sencillamente ignorada.

a) La necesidad de una justificación no estrictamente utilitaria

Una primera puntualización ha de ser aquella en la que con más frecuencia ha reparado la doctrina: la justificación (o legitimación) de un instituto jurídico no puede depender de su mera utilidad; y las medidas de seguridad no son, lógicamente, una excepción⁹⁶⁸. Que algo sea útil o, en otras palabras, que proporcione algo que merezca ser calificado de “bien” no habla por sí mismo en favor de la existencia de la institución, pues es posible que para alcanzar tal objetivo se transgredan algunos límites o principios a los que no estemos dispuestos a renunciar. De este modo, decir que las medidas de seguridad contribuyen a la seguridad de la sociedad será, en el mejor de los casos, una mera constatación fáctica. Pero cuando de legitimación hablamos, no nos preguntamos acerca de hechos, sino de valoraciones. Además, será importante establecer la razón no solo de la existencia de las medidas de seguridad, sino la de por qué se le impondrá a un sujeto concreto.

⁹⁶⁸ En este sentido es particularmente claro (en la crítica) NOWAKOWSKI, F., “Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen”, p. 100: si las medidas se justifican únicamente en atención a su adecuación a la finalidad perseguida se tratará a la gente como un mero objeto. Existe, añade el autor citado, la necesidad de ir más allá y procurar encontrar una fundamentación para ellas de naturaleza “ético-jurídica”. De este modo, “la utilidad de la medida es un presupuesto esencial de su admisibilidad. Sin embargo, no es el único” (pp. 103 y ss.). Sostiene FRISCH, W., *InDret*, 2007, p. 18, en línea similar, que “en el ámbito de lengua alemana puede ser considerada una opinión firme que la injerencia sobre potenciales autores para evitar hechos que amenacen de ellos requiere una justificación ético-jurídica y constitucional, que no queda satisfecha con la sola invocación de la utilidad”.

b) La necesidad de una distinta fundamentación para las medidas de seguridad inocuizadoras y las de carácter terapéutico-asistencial

En segundo lugar, y como ya se apuntó con anterioridad, no se debe buscar algo así como una “fundamentación general de las medidas de seguridad”⁹⁶⁹. Por supuesto que, como también hemos visto, hallar esta justificación global sería posible: bastaría con observar las instituciones a analizar desde una perspectiva lo suficientemente abstracta. Pese a ello, en este caso concreto, las diferencias cuando se desciende a las distintas modalidades son tantas y tan poco sometidas a discusión que mantenerse en ese grado de abstracción contribuye a perseverar en algunas posiciones que deberían ser rechazadas y que no son, ni mucho menos, neutras de cara a afrontar el problema que ahora nos ocupa.

Es perfectamente posible (y deseable) tratar de encontrar el distinto fundamento que tienen las medidas de seguridad de carácter eminentemente terapéutico-asistencial y aquellas que cuentan con un componente esencialmente inocuizador y se dirigen a sujetos responsables⁹⁷⁰. Recordemos que estas últimas pueden tener en común muchas más cosas con las penas que con sus “hermanas” terapéutico-asistenciales. Y es que aquí topamos con uno de los problemas clave: el hecho de haber reconducido dos instituciones heterogéneas a una denominación común ha contribuido a la confusión⁹⁷¹. Este problema es especialmente acuciante en España, donde de manera prácticamente universal nos referimos genéricamente a “medidas de seguridad”, así se ha hecho, sin ir más lejos, en

⁹⁶⁹ Vid. supra., Capítulo V, epígrafe VI y Capítulo VI, epígrafe III.

⁹⁷⁰ En alguna medida, se muestra también partidario de esta idea SEITÚN, D. I., *El agresor sexual: peligrosidad y persona*, p. 45, cuando mantiene que “la justificación de la medida de seguridad variará en función del tipo de medida de que se trate”. Los motivos para ello serán, sin embargo, algo distintos, pues el autor citado sostiene que “no será lo mismo justificar la consecuencia jurídica de un inimputable —en la que se reemplaza a la pena— que la de un imputable peligroso —en la cual se complementa a la pena—”. En nuestra opinión, ya expuesta, lo que explique tal necesidad no será la distinta repercusión que sobre la pena (alternativa o complementaria) pueda tener la medida de seguridad, sino la imposibilidad (o indeseabilidad) de trazar la distinción presupuesta entre ambas cuando hablamos de sujetos plenamente responsables.

⁹⁷¹ De algún modo, alertaba ya de esta dificultad TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, p. 129, cuando sostenía que “[a]sí como la pena ofrece, en torno a su naturaleza aflictiva, unidad conceptual, las medidas de seguridad presentan multitud de formas que dificultan una definición”. En igual sentido se pronunció MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung*, p. 46, cuando defendió que “las medidas de seguridad constituyen cualquier cosa salvo una unidad”. Y de manera no muy distinta sostiene también actualmente STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3ª ed., Kohlhammer, Alemania, 2013, p. 164, que la imagen de un Derecho penal de “doble vía” representa más bien una metáfora que una exacta definición de la realidad de nuestro sistema, que es, en verdad, uno de “múltiples vías”. En un sentido parecido se manifiesta DESSECKER, A., *Gefährlichkeit und Verhältnismässigkeit*, pp. 202 y ss.

este mismo trabajo⁹⁷². En Alemania, en cambio, aunque quizás este problema se halle también presente no lo hace en la misma medida. Ello, sin duda, es facilitado por el hecho de que allí la doctrina se refiera constantemente a medidas de seguridad (*Sicherung*) y mejora (*Besserung*)⁹⁷³.

En todo caso, como se apuntó antes, resulta más sencillo encontrar el fundamento de las medidas de seguridad de carácter terapéutico que el de las de corte inocuidador⁹⁷⁴. El hecho de que las primeras comporten una asistencia o cuidado para el sujeto sometido a ellas de los que él también se verá beneficiado facilita la tarea. En cambio, hallar la específica razón que pueda legitimar una medida inocuidadora posterior a la pena no resulta tan sencillo. Difícilmente se podrá sostener (salvo entrando en planteamientos excesivamente metafísicos o perfeccionistas) que la inocuidación mejore en modo alguno la condición del sujeto inocuidado. En consecuencia, la legitimación de esta restricción (recordemos, no puramente utilitaria) habrá de encontrarse en otro lugar. Sin embargo, puede adelantarse ya que, como en su momento sugirió SILVA SÁNCHEZ, estos esfuerzos parecerían conducir a una suerte de responsabilidad por la autodegradación y nos aproximarían *en cierta medida* a la fundamentación de las propias penas⁹⁷⁵.

c) La (parcial) desatención de las necesidades preventivo-especiales por parte de las penas no es consecuencia de un descuido, sino una decisión deliberada

En tercer lugar, vale la pena recordar una vez más que, pese a lo reiterada que ha sido tal consideración, de la “insuficiencia” de la pena para alcanzar el fin preventivo-especial no se deriva justificación alguna para la medida⁹⁷⁶. Se dice con frecuencia que la pena ajustada a la culpabilidad no alcanza la finalidad preventiva que debería desempeñar y que, en consecuencia, la medida de seguridad se torna necesaria. Esto último quizás sea

⁹⁷² Una excepción en España es SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, passim, que habla de “medidas de corrección y de seguridad” de manera continua y coherente, diferenciando el contenido de ambas. La razón de ello la ubica en los diversos modos en que las (genéricamente) medidas de seguridad pueden perseguir el fin preventivo-especial que tienen encomendado (pp. 74 y ss.).

⁹⁷³ Crítico con este concepto de *Besserung* por sus connotaciones moralizantes y paternalistas, como hemos visto, STRATENWERTH, G., *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 108 y ss. Vid. supra, notas 894 y ss., y texto al que acompañan.

⁹⁷⁴ Vid. supra, Capítulo V, epígrafe VIII.

⁹⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *InDret*, 2010, pp. 2 y ss.

⁹⁷⁶ Vid. supra, notas 887 y ss., y texto al que acompañan.

posible; tan sólo depende de qué entendamos por necesidad. Pero, de nuevo, de la necesidad no se deriva (por sí sola, al menos) legitimación alguna. Además, también aquí podemos adelantar algo. La pena deja de satisfacer esa necesidad no por casualidad, sino en virtud de los límites (no arbitrarios) que le han sido asignados. Ver el principio de culpabilidad como un obstáculo a la satisfacción de las necesidades preventivas es acertado; lo que no lo es tanto es verlo como un obstáculo casual⁹⁷⁷. El hecho de que, caídas en desgracia las fundamentaciones retributivas de la pena, el principio de culpabilidad (y, consecuentemente, de proporcionalidad) haya pervivido se explica como límite autoimpuesto a la satisfacción de necesidades sociales en el sacrificio de intereses individuales⁹⁷⁸. Dicho de otro modo, el principio de culpabilidad marca el límite a partir del cual no estamos dispuestos a instrumentalizar (más) al individuo en aras de la sociedad⁹⁷⁹. Apreciar en este principio un obstáculo autoimpuesto para, después, añadir

⁹⁷⁷ Así, conviene no perder de vista lo sostenido por MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 168, cuando señala, con carácter algo más general, que “[l]a decisión sobre la intervención o no del Derecho penal, o la forma y medida de la misma en un determinado ámbito, no puede tomarse sólo en atención a criterios de obtención de mayor eficacia, sino que debe tener en cuenta que la intervención penal está y debe estar sometida a numerosos requisitos y límites propios de un Estado de Derecho, que han de ser necesariamente respetados, aunque ello pueda suponer una cierta disminución o entorpecimiento de la *efectividad total* del Derecho penal. Resulta importante que no se avance de forma algo solapada pero inexorable hacia la difuminación o incluso el desmantelamiento de aquellos principios y categorías esenciales que, sin embargo, son percibidos por algunos como impedimentos de una mayor idoneidad del Derecho penal como eficaz medio de prevención para la protección de bienes jurídicos”.

⁹⁷⁸ En ese sentido, conviene recordar con KAUFMANN, ART., *Das Schuldprinzip*, p. 16, que “el contenido preciso de los principios fundamentales éticos y jurídicos no se puede fijar de forma positiva, sino principalmente negativa: es más fácil precisar lo que es inmoral o injusto por antonomasia que lo que es claramente bueno o justo”. Consecuentemente, existe una cierta (y razonable) asimetría en la distribución de cargas de la discusión sobre los límites que impone el principio de culpabilidad. No es preciso definirlo con detalle para saber que algunos escenarios suponen una clara transgresión de dicho principio. Idea que, a su vez, encaja bien con aquella otra de STÜBINGER, S., *Schuld, Strafrecht und Geschichte*, p. 15, de que “el uso creciente del concepto de culpabilidad no es resultado de algo así como la evidencia de un significado fundamentado satisfactoriamente, sino de la imposibilidad de apañarse sin él”.

⁹⁷⁹ El hecho de que en la categoría dogmática “culpabilidad” se haya dado (razonablemente) entrada a consideraciones de carácter normativo (y, por tanto, de carácter despersonalizador) muestra bien cómo estamos dispuestos a aceptar un margen de instrumentalización. La existencia de un “principio de culpabilidad” de origen constitucional (esto es, no necesariamente intrasistemático, sino seguramente extrasistemático) muestra, por el contrario, el punto a partir del cual consideramos esta instrumentalización intolerable. Partidaria de una división de esta naturaleza parece que se muestra PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, pp. 68 y ss., cuando defiende que, pese a la indudable conexión que existe entre ambos, cabría diferenciar un “concepto político-criminal de culpabilidad, que sería un esbozo negativo de las exigencias constitucionales en relación con la culpabilidad” y que sería útil para complementar y guiar el Derecho positivo. De este principio, prosigue la autora, no sería posible extraer un concreto concepto de culpabilidad (p. 69). Vid., para consideraciones semejantes, aunque criticadas y matizadas por la autora que se acaba de citar, ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 5, y su distinción entre idea de

una institución que no se encuentre vinculada por él solo por su mera existencia parece tener poca justificación en términos axiológicos.

d) No se trata solo de analizar la legitimidad del instrumento, sino también la de la función que persigue

Como cuarta consideración previa, vale la pena señalar que probablemente le acompaña la razón a FRISCH cuando apunta que este (el de la fundamentación de las medidas de seguridad) es un problema desenfocado⁹⁸⁰. No se trataría tanto de analizar la fundamentación del instrumento (medida de seguridad), como de estudiar la justificación y límites del fin al que sirve (la prevención especial)⁹⁸¹. Sin embargo, creemos que, siendo esta una objeción totalmente correcta, contaría con una trascendencia más aparente que real. Ello porque, de forma a menudo inconsciente, ya se hace generalmente así. Cuando alguien rechaza el fundamento de medidas adicionales a la pena lo que dice (o calla) es que el límite a la prevención especial lo constituye en estos casos el principio de culpabilidad⁹⁸². Es posible que ello explique el hecho de que la fundamentación de las medidas para inimputables (de cuyo componente preventivo-especial no se duda) no resulte tan polémica. En este punto, y más allá de la no precisamente menor cuestión del

culpabilidad (*Schuldidee*), medida de la culpabilidad (*Strafmass –oder Strafzumessungsschuld*) y culpabilidad como fundamento de la pena (*Strafbegründungsschuld*). Así, dada la nítida distinción entre ambos planos, creemos que el respeto al principio de culpabilidad se vuelve más importante en la actualidad de lo que lo era antaño. La concepción psicológica de la culpabilidad (sustancialmente individual, se dice con frecuencia) hacía menos necesario un límite de carácter externo. La (necesaria/inevitable) normativización de este elemento requiere un complemento que evite que las necesidades preventivas se desboquen. Afortunadamente, la Constitución española, como las de nuestro entorno, acoge un límite de esta clase.

⁹⁸⁰ FRISCH, W., *InDret*, 2007, p. 11.

⁹⁸¹ *Ibíd.*, p. 17. En similar sentido, ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, p. 94.

⁹⁸² Por ello, nos parece exagerada la afirmación de FRISCH, W., *InDret*, 2007, p. 18, quien mantiene que incurre en una falacia aquel que sostiene que “si la prevención especial no puede ser alcanzada en forma completa debido a ciertos límites derivados de la pena, ellos tampoco podrían ser eludidos recurriendo a una medida”. Es cierto, como dice FRISCH, que el argumento, para ser correcto, debería ser complementado sosteniendo que la completa realización de los fines preventivo-especiales podría ser cuestionable. Sin embargo, tal complemento aparece, en multitud de ocasiones, simplemente dado por supuesto. Y creemos, además, que, aunque en rigor sería preferible que tal premisa fuera debidamente explicitada, hay buenos motivos para darla por sentada. Ello, por la sencilla razón de que los “límites derivados de la pena” están pensados también para contener la prevención especial. La prevención (sea especial o general) le importa a la pena, pero esta no está dispuesta a perseguirla ilimitadamente (de ahí sus restricciones).

límite máximo de su duración, existe prácticamente un consenso acerca de su necesidad y un razonable acuerdo acerca de sus límites⁹⁸³.

e) No se trata solo de analizar la legitimidad de la institución (y su función) abstractamente observada, sino especialmente la de su empleo, la de su imposición

Finalmente, es necesario efectuar una última precisión. A lo largo de este trabajo nos hemos referido en ocasiones, y lo seguiremos haciendo en las próximas páginas, al fundamento de penas y medidas de seguridad cuando lo cierto es que no existe tal cosa. Las penas y las medidas de seguridad son conceptos y, en cuanto tales, no precisan de fundamentación alguna. Desempeñan una mera función descriptiva imprescindible para la comunicación lingüística, pero no requieren, en lo que ahora nos importa, de fundamento alguno⁹⁸⁴. Lo que merece ser fundamentada es la práctica (el castigo, la inocuización, la terapia), no el concepto (la pena, la medida). No se deben suministrar razones para la pena, sino, más correctamente, razones para su uso o su prescindencia⁹⁸⁵.

Esto puede parecer un puro prurito lingüístico, pero creemos firmemente que lo apuntado va más allá. Es evidente que cuando la doctrina razona acerca del “fundamento de la pena” o del “fundamento de las medidas” en realidad lo está haciendo sobre el fundamento *del uso* de ambas instituciones. Por ello, la cuestión parecería poco problemática. Sin embargo, sucede que la tradición lingüística nos impulsa a ver un fundamento propio de la pena, cuando este, como decimos, no existe. Y así, cuando se analiza la cuestión de cuándo se debe imponer o no una de estas instituciones, se observa la cuestión como si ambas facetas fueran cara y cruz de una misma moneda. Se razona implícitamente, en multitud de ocasiones, del siguiente modo: dado que el fundamento

⁹⁸³ Vid. supra, nota 849 y texto al que acompaña.

⁹⁸⁴ En definitiva, un concepto deberá justificarse (o fundamentarse) aludiendo a la utilidad lingüística que reporta. Así, un concepto que resultase superfluo y que generase más confusión que claridad estaría, en este sentido, injustificado. Ahora bien, cuando hablamos de fundamentación en el sentido de “razón que legitima” no parece que los conceptos en sí mismos requieran de ella, pues no tiene necesidad de justificarse aquello que no incide en nadie y los conceptos que no se aplican para nada no lo hacen.

⁹⁸⁵ Así, si alguien diseñase, por puro divertimento intelectual, una nueva forma de restricción de derechos que se pudiera imponer a un sujeto como consecuencia de la comisión de un delito, no tendría que fundamentarla. No tendría, en definitiva, que dar razones que justificaran su existencia, por la sencilla razón de que, en el sentido en que ahora hablamos, “no existe”. Podría, eso sí, explicar cuál *sería* su fundamento, cuáles *serían* las razones que hicieran de ella un instrumento legítimo. Pero acerca de un concepto en sí mismo considerado resuta ciertamente difícil realizar juicios de legitimidad.

de (la imposición de) la pena es X, el fundamento de su no imposición es no-X. Así, se funden indebidamente las razones de la imposición y las de la no imposición de la pena (sucede igual con otras instituciones como las medidas). Lo cierto, sin embargo, es que, dadas unas razones (cualesquiera) para la imposición de la consecuencia de que se trate, las razones para su no-imposición no tienen por qué consistir en la negación de las mismas; pueden, por el contrario, ser otras diferentes que entren en conflicto con ellas y prevalezcan. Dicho de otra forma, no es solo una mera cuestión de presencia o ausencia de unas determinadas razones, es que podemos estar hablando de razones distintas para uno y otro supuesto. Es necesario analizar el fundamento de la imposición de una consecuencia y el fundamento de la no imposición de una consecuencia; lo que no tiene sentido alguno y genera varios malentendidos es analizar el fundamento de la propia consecuencia.

Para ilustrar lo que aquí se dice nos serviremos de dos ejemplos. Hablaremos brevísimamente, por un lado, del “fundamento” de la retribución y, por otro lado, del “fundamento” de la pena. Así, en cuanto a lo primero, ningún sentido tiene ahora detenerse acerca de los problemas que la idea de retribución ha generado para la teoría de la pena y la doctrina penal. Una vez que se descartó la retribución como fundamento de la pena, muchos quisieron ver en ella, en todo caso, un límite que no pudiera ser transgredido. Esta actitud dio origen a multitud de críticas que señalaban la incoherencia de permitir que limitase la pena algo que no la fundamentaba. En esta línea crítica se enmarcan, por ejemplo, las consideraciones de PÉREZ BARBERÁ, que reprocha a GRECO que haya intentado mostrar la incorrección moral del principio retributivo para luego considerar correcta su función limitadora⁹⁸⁶. Así, llega a sostener el primero de estos autores que “no parece plausible que alguien recurra en última instancia a la retribución como ‘barrera absoluta’ contra consideraciones preventivas si, al mismo tiempo, ve en la retribución la encarnación de un principio moral incorrecto”⁹⁸⁷. Parece, por las razones antes manifestadas, que aquí cristalizan los problemas expuestos acerca de qué es lo que

⁹⁸⁶ PÉREZ BARBERÁ, G., “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, *InDret*, n.º 4, 2014, p. 12.

⁹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 12. De la misma opinión parece RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 257, cuando manifiesta que “[s]i la pena no puede ser racionalmente retributiva, la retribución no puede servir para limitarla, pero tampoco para justificarla parcialmente, y en eso tienen razón tanto los autores que llaman al abandono total de la retribución como aquellos que advierten que en este punto no valen las ‘medias tintas’”.

requiere fundamentación. Con independencia de la mayor o menor fuerza de los argumentos de GRECO sobre la corrección moral de la idea retributiva (que no es este el lugar para debatir), la crítica es en este punto del todo infundada. Lo que es necesario fundamentar no es la retribución en sí misma (puro concepto), sino su empleo como límite o, por el contrario, como sustento de la aplicación de la pena. Dado que una cosa no es el reverso de la otra (lo que podría suceder de tener el concepto “retribución” un fundamento propio) es perfectamente legítimo (o al menos no será ilegítimo en atención a este motivo) llegar a conclusiones distintas sobre si se halla justificada la función fundamentadora o limitadora de la retribución. Dicho de otra forma, aunque todo lo que fundamenta limita, no todo lo que limita fundamenta.

Esto es, por otra parte, algo que el propio GRECO explica con claridad precisamente al hilo de este debate. Así, señala el citado autor que si algo se le puede reprochar a ROXIN en su apuesta por entender el principio de culpabilidad en una dimensión unilateral (como límite, pero no como fundamento) es su falta de decisión. Apunta GRECO con acierto que “[u]na restricción deontológica es un punto de vista que no es una finalidad en sí misma del emprendimiento y que, por tanto, no le da ‘sentido’ al emprendimiento, pero que sí le pone límites a la persecución de la finalidad en el marco del emprendimiento, mediante criterios independientes de fines. Así como en el día a día no diríamos que es una finalidad de las tesis doctorales el no ofender a quienes piensan distinto, tampoco diríamos que es una finalidad de la pena el no castigar sin culpabilidad. Las finalidades de las tesis doctorales pueden ser las más variadas, pero la ofensa de quienes piensan distinto limita la persecución de esos fines”⁹⁸⁸. Se debe reconocer, desde luego, que esta comprensión de las relaciones entre límites y fundamentos no resulta la más armónica de todas las opciones posibles. Sin embargo, la armonía solo puede ser un objetivo a seguir una vez se haya alcanzado el máximo rendimiento explicativo y justificativo a una teoría, y no antes. Seguramente sea más reconfortante pensar que la pena responde a un único y coherente (aunque complejo) principio, pero ello se corresponde más con un deseo inocente que con una realidad tozuda, pero sincera. A la

⁹⁸⁸ GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, p. 180 y ss. En sentido radicalmente opuesto, sostiene BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena*, p. 206, que “[l]as categorías que se admitan dentro de la teoría del delito deberían revestir carácter dual y cumplir tanto una función de *fundamento* como también de *límite* de la punición. Por tanto, no resultaría admisible la solución ofrecida por Roxin, consistente en mantener el concepto de culpabilidad en sentido tradicional asignándole valor de límite y, por otro lado, crear una nueva categoría, a la que asigna condición de fundamento de la punición; lo que se debería efectuar es una redefinición del concepto y contenido del concepto de culpabilidad que permita asignarle funciones de fundamento y límite de la pena sin fisuras”. Una objeción similar plantea JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, p. 81.

hora de configurar la pena (y sus correspondientes límites) no todo empuja en la misma dirección⁹⁸⁹.

Otro ejemplo en el que afloran algunos de estos problemas se encuentra en la discusión acerca de la institución de la suspensión de la pena. Así, se dice en ocasiones, tomar posición acerca de cuándo debería proceder la suspensión de la pena (y, en consecuencia, cómo interpretar los requisitos legalmente dispuestos) requiere una toma de postura previa acerca de la propia función (fundamentada, se entiende, no meramente descriptiva) de la pena⁹⁹⁰. Esto es solo parcialmente correcto. De nuevo: la pena (en abstracto) no tiene ningún fundamento, lo tiene su uso o la renuncia a ella. Si esto es así, sería legítimo desligar en parte el fundamento de la suspensión de la pena del de su imposición. Así, lógicamente, correspondería suspender la pena cuando no concurrieran los requisitos que fundamentan su imposición, pero también cuando, aun dándose estos, emergieran otras razones que entraran en conflicto con aquellas y resultasen victoriosas.

Confundir, como en ocasiones parece que sucede como consecuencia del problema lingüístico, el fundamento de la imposición de una consecuencia con el de la consecuencia misma difumina la cuestión relativa a sus límites. De este modo, parece que todos los límites a la institución tendrán carácter “interno”; esto es, se derivarán del propio “fundamento” de la institución. De esta manera se oculta (involuntariamente) el hecho de que las razones para la no imposición de una determinada consecuencia jurídica pueden proceder también de cuestiones de carácter “externo” (ajenas a aquellas que fundamentan la imposición).

Todo esto, no será óbice para que, con el propósito de evitar una tediosa y desacostumbrada alusión al “fundamento de la imposición de la pena/medida”, nos refiramos más sencillamente al “fundamento de las penas y las medidas”. Pero ello habrá

⁹⁸⁹ De nuevo resultan ilustrativas aquí las palabras de GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, pp. 183 y ss., cuando mantiene que “los parámetros para considerar si una teoría es correcta no son consideraciones estéticas en una construcción piramidal, pues las teorías así construidas pagan por su belleza el precio demasiado alto de tener que reducir todas las consideraciones relevantes a un solo denominador común. Esta ‘creencia en un único principio penal salvador’, que en parte es un prejuicio estético, nos hace insensibles a la belleza de una teoría no reduccionista que no busca nivelar las diferencias, sino que puede reconocerlas como tales y ponerlas en orden”.

⁹⁹⁰ CARDENAL MONTRAVETA, S., *InDret*, passim.

de leerse en los términos aquí indicados. Motivos de economía del lenguaje y, ante todo, de comunicación eficiente justifican sobradamente la adopción de esta decisión.

Con estas advertencias previas es momento de adentrarse en las distintas hipótesis que se han ofrecido de cara a la fundamentación de (por última vez, el uso de) las medidas de seguridad para sujetos plenamente responsables como complemento de la pena. Para ello, siguiendo a STRATENWERTH, se agruparán las distintas formulaciones en dos grupos: por un lado, la de quienes ven en la idea del “interés preponderante” la justificación suficiente para las medidas de seguridad; por otro lado, la de quienes pretenden fundamentarlas, de una u otra forma, en la pérdida de derechos (o de inmunidades, si se prefiere) del sujeto concreto por su actuación previa⁹⁹¹.

1. Principio del interés preponderante

Probablemente la vía que más éxito, al menos aparente, ha cosechado a la hora de tratar de fundamentar la imposición de medidas de seguridad sea la que ha querido ver en el principio del interés preponderante (o “interés público preponderante”, o alguna formulación similar) la solución al problema⁹⁹². En esta línea, señaló STRATENWERTH con rotundidad, que para el caso de los sujetos plenamente responsables una medida de

⁹⁹¹ STRATENWERTH, G., *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 113 y ss. Seguramente sea más precisa la taxonomía efectuada por ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, p. 73, cuando explica de qué manera los primeros esfuerzos para dotar de una fundamentación legítima a las medidas de seguridad se desarrollaron tras la segunda guerra mundial “por el carril de la justificación moral” y prestaron especial atención a la “falta de capacidad del afectado para usar de la libertad”. Con posterioridad, “la posibilidad de restringir la libertad por delitos futuros se apoyó en la analogía con los derechos de legítima defensa o el estado de necesidad y, finalmente, en la existencia de un interés público preponderante, en combinación con los deberes estatales de protección”. Sobre la eventual fundamentación basada en “causas de justificación” apenas nos detendremos. Ello porque creemos que le asiste toda la razón a FRISCH, W., *Indret*, 2007, pp. 20 y ss., cuando señala que “invocar la legítima defensa resulta problemático ya por el hecho de que un delito que se espera que alguna vez se produzca y una agresión actual son cosas bien diferentes; a ambos intentos de fundamentación se les puede formular por igual la objeción metodológica de que resulta inadecuado e incompleto pretender extraer la legitimación y los límites de la legitimación del actuar estatal a partir de los derechos de necesidad privados, en lugar de hacerlo a partir de los principios que legitiman el actuar de la autoridad”. Parecen razones suficientemente convincentes para no dedicar mayores esfuerzos a su estudio. Ahora bien, no se puede negar el indudable atractivo metafórico con el que cuentan estas fórmulas. En todo caso, cuando más adelante analicemos las fundamentaciones que pretenden hallar la razón de las medidas de seguridad para imputables peligrosos en instituciones como la cuarentena, será difícil sustraerse a la sensación de que estas no constituyan más que una cristalización de este planteamiento.

⁹⁹² Particularmente asociados a esta clase de planteamientos se encuentran NOWAKOWSKI, F., “Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen”, pp. 103 y ss. y STRATENWERTH, G., *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 114 y ss.

seguridad que vaya más allá de la medida de la culpabilidad se fundamentará en este principio y que para estos sujetos “no hay otra justificación”⁹⁹³.

La idea que hay detrás del principio del interés preponderante es bien sencilla. Existe una situación de conflicto entre el derecho a la libertad de un ciudadano concreto y el deber del Estado (o el derecho de los ciudadanos) de propiciar (u obtener) un determinado nivel de seguridad. En esta situación de conflicto será necesario ponderar los diversos intereses en juego y, como es lógico, decantarse por aquel que cuente con un mayor valor. Se dice, con frecuencia, que de este modo se añade la imprescindible justificación ético-jurídica a la tradicional perspectiva puramente utilitaria que creía ver cómo la justificación se desprendía sin más de la necesidad. Tenemos para nosotros, sin embargo, que estas afirmaciones, como veremos, no son del todo correctas y esconden, en realidad, una (acabada) forma de cristalizar el pensamiento utilitario.

En nuestra opinión, el principio del interés preponderante no es más que una carcasa vacía⁹⁹⁴. En sí mismo tal principio carece de contenido y sostener que en la toma de una decisión hemos de guiarnos por el “principio del interés preponderante” es, cuando menos, tautológico, ¿o es que acaso alguien podría fundamentar su decisión atendiendo al “interés de menor valor”? Este principio no constituye más (pero tampoco menos) que un marco de racionalidad que facilita la comparación de la respectiva importancia de los distintos intereses en juego⁹⁹⁵. Sin embargo, en ningún sentido prejuzga cuáles serán estos intereses, ni cuál será el peso de cada uno de ellos⁹⁹⁶. El problema de fundamentación

⁹⁹³ STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Carl Heymanns, Berlín, 1971, p. 26.

⁹⁹⁴ De forma similar, aunque no tan radical, STRATENWERTH, G., *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, p. 115, ha dicho que “está fuera de duda el que el principio del interés público preponderante forma en un primer momento únicamente una fórmula vacía necesitada de relleno”. En una línea parecida apunta FRISCH, W., *InDret*, 2007, p. 33, cuando señala que tras una contemplación del panorama doctrinal y jurisprudencial se observa que “actualmente no se trata la divergencia entre el interés preponderante y la ausencia de proporcionalidad, ni existe unidad acerca de la existencia y valor de posición de los factores a ser ponderados”.

⁹⁹⁵ Mucho más lejos en su crítica va GARCÍA RIVAS, N., “Los ‘anormales’ y su discriminación penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 384, quien considera que la fórmula del interés preponderante pertenece al conjunto de doctrinas que pretenden legitimar las medidas de seguridad al margen de las exigencias derivadas del Estado democrático de Derecho”.

⁹⁹⁶ Esta clase de consideraciones ha llevado a SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *InDret*, 2010, p. 15, a mostrarse sumamente crítico con esta tipología de planteamientos. Así, se ha referido a ellos como “abstractas

ético-jurídica es precisamente este y un deficiente desarrollo de esta faceta de la cuestión nos aboca, sin más, a una reformulación de los principios eminentemente utilitarios para la fundamentación de las medidas.

En este sentido, es claro, aunque a veces se pase por alto, que el utilitarismo también implica juicios de valor. De hecho, es inconcebible sin ellos. El juego de la suma y resta de costes y beneficios solo tiene sentido tras la previa definición de cuáles son esos costes y beneficios y ello requiere, de manera ineludible, una anterior decisión valorativa. De este modo, el utilitarismo busca producir el bien mayor tras la previa definición de males y bienes. ¿Se diferencia esto acaso del “principio del interés preponderante”?

Se podría oponer, frente a lo aquí manifestado, que la aportación que en verdad suponen estas teorías no consiste en su fórmula, sino en su contenido. Sin embargo, tampoco esto sería acertado. En primer lugar, porque normalmente tal contenido consiste poco más que en enumerar los distintos intereses en juego dando por sentada su justificación y el valor que encierran. En segundo lugar, porque al final, el “principio del interés preponderante” se convierte, en el mejor de los casos, en una recta cristalización del “principio de proporcionalidad”⁹⁹⁷. Ello en absoluto carece de valor. Traer al ámbito de las medidas de seguridad el control de proporcionalidad supuso un enorme avance⁹⁹⁸. Sin embargo, y aunque esto no sea ya tan evidente, la proporcionalidad, al operar como límite, dice poco acerca del fundamento de la institución.

posiciones, de alto contenido especulativo, que se agotan en meras alusiones a ponderaciones de intereses”.

⁹⁹⁷ De hecho, cuando uno observa los procesos con los que el propio NOWAKOWSKI, F., “Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen”, se maneja en este ámbito el lector no puede evitar sustraerse a la idea del juicio de proporcionalidad que, desde hace décadas, se efectúa en materia constitucional. Así, algunas de las reivindicaciones que acaban por ser formuladas son: que la función de protección sea necesaria, que no haya otro medio menos lesivo para satisfacer dicha función y que, además, tal restricción de derechos “compense” en el caso concreto. Además, el propio autor aboga por extender este marco de fundamentación a todas aquellas medidas restrictivas de derechos que se puedan vertebrar a través del Derecho administrativo (p. 103), lo que parece reforzar esta idea de que, en el fondo, de lo que estamos hablando es, sin más, del principio de proporcionalidad.

⁹⁹⁸ En este sentido, ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, p. 81, señala que “si bien es cierto que el criterio del interés preponderante corre el riesgo de convertirse en un parámetro puramente formal, él tiene el mérito de dejar en claro que el mero objetivo de prevención especial no basta para la justificación de las medidas, sino que también se deben tomar en cuenta los derechos personales afectados, y en este sentido, representa un avance”. De una opinión similar se muestra URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, p. 12.

Como ya se ha señalado anteriormente, los límites a una institución pueden derivar del fundamento de la misma, pero también pueden no hacerlo. Un ejemplo claro es el de la proscripción de la pena de muerte como límite a las penas (art. 15 CE). Su existencia no obedece al fundamento de la pena, sino a una decisión axiológica concreta en favor de los derechos humanos. Tratar de construir el fundamento de la pena a través del sentido de esta limitación sería un camino errado. Del mismo modo, acercándonos al objeto de discusión de este epígrafe, tampoco está claro que el principio de proporcionalidad de la pena atienda solo al fundamento de esta. De entrada, porque, como con mucho tino se ha estudiado en materia de determinación legal y judicial de la pena, es necesario precisar dos cuestiones: la proporcionalidad ordinal y la proporcionalidad cardinal⁹⁹⁹. La primera presenta aquí pocos problemas; se refiere a ordenar los distintos supuestos en atención a su distinta gravedad. La segunda, en cambio, presenta una lógica distinta y requiere la fijación de los límites máximos y mínimos que un determinado orden jurídico está dispuesto a asumir en relación con las penas. Si esto es así, y no resulta sencillo discutirlo, la situación se complica. De existir solo una fase de proporcionalidad ordinal quizás fuera posible sostener que proporcionalidad y fundamento se encuentran indisolublemente unidos. Ahora bien, la entrada en escena de la proporcionalidad cardinal modifica la situación al fijar límites desligados del fundamento y hacer que, con la reubicación de los distintos supuestos en la nueva escala resultante (comprendida por el espacio entre la sanción máxima y mínima), se pierda (al menos parcialmente) la relación entre intensidad de la consecuencia y fundamento de la misma. Del mismo modo que sucede con las penas pasa con las medidas de seguridad. El principio de proporcionalidad no tiene una lógica que se corresponda perfectamente con el fundamento de la institución, sino que está “contaminado” con elementos que pertenecen a una lógica diferente. De este modo, indagar acerca de la proporcionalidad de la medida no es exactamente lo mismo que estudiar el fundamento de esta. Por ello, el “principio del interés preponderante” no da buena cuenta del problema que pretende resolver.

La vía de solución a estos problemas no es, al menos en teoría, excesivamente compleja. Bastaría con dedicar mayores empeños a definir los distintos intereses en juego y la fundamentación que estos han de tener. Ahora bien, al proceder así se desplazaría ya definitivamente el foco desde el “proceso” (ponderación) al “contenido” (lo ponderado)

⁹⁹⁹ Vid., al respecto, BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena*, pp. 244 y ss. y 301 y ss.

y poco sentido tendría seguir manteniendo la denominación que tradicionalmente reciben estas teorías. Se entraría de lleno, así, en aquellas otras que han tratado de encontrar la razón por la que podría ser asumible añadir a la pena una medida de seguridad. Una vez establecida de forma concreta y suficiente esta razón procedería, ahora sí, la ponderación entre este fundamento y los otros intereses en juego. En caso contrario, se terminaría por confundir el fundamento de una medida con el resultado de la ponderación de este con otros factores.

2. Pérdida de inmunidad

Frente a estas teorías, en algún grado hueras, han surgido algunos intentos de dotar de contenido a esta ponderación atendiendo en especial a cómo legitimar la medida de seguridad precisamente frente al sujeto al que esta será impuesta. Así, de manera resumida, sostenían JESCHECK y WEIGEND que quien no hace uso de su capacidad para no suponer un importante peligro para los demás habría de tolerar la restricción de su libertad en aras a garantizar la seguridad del resto¹⁰⁰⁰. A esto lo denominaban “pensamiento de la pérdida” (*Gedanke der Verwirkung*) en el sentido de que estos individuos pierden el derecho de oponerse a determinadas privaciones de libertad que antes de su comportamiento perturbador no habrían podido serles legítimamente impuestas¹⁰⁰¹.

Un ejemplo especialmente refinado de esta tendencia lo encontramos en FRISCH, que, con un propósito restrictivo (pero, hasta cierto punto, también legitimador), ha centrado sus consideraciones en estas perspectivas. Así, la pregunta esencial muta y ya no se centra en si el Estado puede llevar a cabo restricciones de derechos de un sujeto en beneficio de otros —algo que, parece claro, está fuera de discusión y se hace sistemáticamente—, sino en cómo hacer valer y explicar esta pretensión frente a ese sujeto concreto. En definitiva,

¹⁰⁰⁰ JESCHECK, H. H., y WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 86. Así, prosiguen los autores, tratando de ejemplificar la idea rectora de su argumentación, nadie puede desempeñar determinados trabajos o conducir determinados vehículos sin acreditar antes que reúne los requisitos psíquicos y técnicos para hacerlo sin peligro.

¹⁰⁰¹ Quizás una traducción más precisa nos debería llevar a indicar que esta “pérdida” no resulta casual y que *Verwirkung*, de algún modo, alude a que esta pérdida es, en algún sentido, consecuencia de una “decisión” de quien la sufre y no resultado del mero azar. Sin embargo, nos resulta difícil hallar la expresión que permita incluir este matiz y no aluda de manera demasiado expresa a la idea de pérdida “merecida”. Precisamente las dificultades a las que, en este ámbito, se presta la idea de merecimiento hacen aconsejable, creemos, optar aquí por una definición quizás algo suprainclusiva, pero suficientemente expresiva.

se trata de poder “explicarle” por qué se va a ver sometido a una restricción de derechos en beneficio de otros sin que ello suponga una burda instrumentalización.

Esta perspectiva, sin embargo, presenta algún problema que se puede ya fácilmente intuir. Y es que, en definitiva, lo que se está haciendo es responsabilizar (en un sentido lato, si se quiere) al sujeto de esta pérdida de inmunidad. Se le dice: “restringimos tus derechos por lo que (responsablemente) nos has mostrado”. De este modo, parece que nos aproximamos al “reproche” propio de las penas (y así, por cierto, también a las teorías anglosajonas de criminalización de la peligrosidad que veíamos al principio de este trabajo y que tan extravagantes nos parecían)¹⁰⁰².

La propuesta de FRISCH, en este punto, es sencilla y bien conocida. El objetivo inmediato de la vía que emprende para tratar de legitimar estas medidas es el de comunicar “frente a aquel sobre el que se produce la injerencia que ya no es posible hacer valer como garantía suficiente de conducta conforme a derecho, en el futuro, aquello que resulta suficiente en general entre personas responsables, esto es, la capacidad para actuar

¹⁰⁰² En una línea parecida alerta GRECO, L., *Feindstrafrecht*, p. 44, cuando criticando el “pensamiento de la pérdida” (*Verwirkungsargument*) como vía de legitimación del Derecho penal del enemigo, sostiene que hay quien podría aducir que esta misma lógica se encuentra detrás de todas las restricciones de derechos a personas culpables (ya sea por vía civil o penal). En todo caso, el citado autor se manifiesta contrario a esta vía argumental, por inconsistente, para fundamentar una restricción de derechos superior a la que legítimamente puede sufrir cualquier otro individuo (p. 45), dado que, incurriendo en lo que denomina “paradoja de la responsabilidad”, se presupone la responsabilidad de un sujeto que con su actuar deja de merecer la calificación de sujeto responsable (pp. 45 y ss.). Todo ello, además, complementado con la idea de que un Estado con pretensión de legitimidad —esto es, uno que actúa en nombre de (todos) los sujetos sometidos a su poder— no puede aceptar la retirada de la condición de persona de ninguno de ellos, pues en tal caso deja de relacionarse con estos en términos éticamente aceptables (pp. 46 y 52). Finalmente, sostiene el autor, la ilegitimidad de este proceder sería también clara aún cuando la pérdida de la condición de persona fuera tan solo parcial (pp. 46 y ss.). Este planteamiento crítico de la cuestión merece, sin duda, ser detenidamente considerado. Pero lo cierto es que una crítica tan rotunda resulta quizás excesiva precisamente porque, tal y como señalábamos al comienzo de la nota, esta idea parece latir tras muchas formas de privación de derechos. Nadie puede, en definitiva, legítimamente ser privado de derechos sin haberse posicionado en una situación en la que tal privación (valga la tautología ahora con fines meramente expositivos) deviene legítima. Dicho de otro modo: si un sujeto permanece en una determinada situación, resulta inmune a determinadas privaciones de derechos. Si, por el contrario, actúa o manifiesta algo que pueda ser digno de reproche (en sentido lato), tal inmunidad desaparece. Así pues, si bien la crítica planteada por GRECO seguramente sea acertada cuando hablemos de graves pérdidas de importantes derechos de carácter personal, resulta escasamente aplicable a situaciones menos lesivas. Quizás, en el fondo, lo que sucede es que no hay paradoja de la responsabilidad alguna, porque al sujeto al que se le hace perder una determinada inmunidad no se le trata como irresponsable, sino como a alguien perfectamente responsable, alguien tanto o más responsable que quien mantiene una concreta inmunidad.

correctamente que se vincula a la responsabilidad”¹⁰⁰³. Lo que posibilitará efectuar tal argumentación será la comisión de numerosos delitos graves por parte de una persona que permitan comprobar que “la conducción de vida hasta el momento pone de manifiesto que, en determinadas situaciones, ella no hace uso de esa capacidad [de comportarse conforme a Derecho], sino que actúa de forma contraria al ordenamiento jurídico”¹⁰⁰⁴. De modo que la comisión de estos delitos “sólo puede ser explicada por una actitud de decisión desde cierta perspectiva existente o por una dificultad manifiesta y creciente para la conducta conforme a la norma en determinadas situaciones”¹⁰⁰⁵.

A su vez, no deja de resultar llamativo que FRISCH, que tanto empeño pone en sostener la existencia de diferencias esenciales entre las penas y esta clase de medidas (especialmente, el componente de reproche que presenta la pena), mantenga también que “si se pretende claridad formal, y al mismo tiempo, una base de argumentación formalizadamente mejorada, entonces, resulta recomendable, más allá de ello, luego de una cierta cantidad de hechos, realizar un anuncio formalizado de la medida a ser aplicada en el caso de la comisión de otros hechos correspondientes”¹⁰⁰⁶. Este requisito de anuncio previo es, sin duda, deseable. Pero no alcanzamos a comprender con exactitud cómo se relaciona con la función que en principio está llamada a desempeñar la medida. Más bien, parece que se trata de una suerte de amonestación verbal a cuya desobediencia, y como reproche (!), seguirá una privación de derechos. Esta reivindicación por parte de FRISCH hace que, siguiendo sus propios criterios, la diferencia esencial entre pena y medida quede desdibujada.

¹⁰⁰³ FRISCH, W., *InDret*, 2007, p. 26. Todo ello, en el entendido previo de que “el punto de partida para justificar restricciones a la libertad motivadas por razones de prevención especial —sólo— lo constituye el deber de protección elemental del Estado” (p. 21).

¹⁰⁰⁴ *Ibíd.*, p. 26.

¹⁰⁰⁵ *Ibíd.*, p. 26.

¹⁰⁰⁶ *Ibíd.*, p. 27. Si partimos, además, como hace STRATENWERTH, G., *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, p. 111, de que las medidas de seguridad generan (siquiera colateralmente) un efecto preventivo-general, sería posible entender que este efecto se multiplica también de manera relevante con el anuncio previo; efecto colateral que, en todo caso, no solo serviría para criticar las medidas de seguridad por su similitud con las penas, sino que también podría, si se tomara en serio, fortalecer la fundamentación de las primeras como contrapartida. Al fin y al cabo, una cosa es que una institución no se dirija a un específico fin y otra, muy distinta, es que los efectos no directamente buscados, pero efectivamente producidos, no deban ser valorados. En terminología económica, es inevitable que, en ocasiones, una determinada intervención genere una serie de efectos que merezcan distinta calificación. Se habla, así, de “externalidades negativas” (cuando se produce un efecto considerado disvalioso) y de “externalidades positivas” (cuando lo que se genera es algo valioso). Si entendemos que las medidas de seguridad, insistimos —aunque no lo pretendan— generan un efecto preventivo-general valioso, no se entiende bien por qué este no debería ser tomado en consideración a la hora de decidir cuánto gana y cuánto pierde el ordenamiento jurídico con su existencia. Cuestión distinta será, como apuntábamos, que el peso de este argumento se vea compensado (o derrotado) por la fácil confusión entre penas y medidas.

Otro autor que ha mantenido posiciones que pueden ser reconducidas a esta corriente es, como resulta sabido, JAKOBS. Sobre su posición en este punto, por ser de sobra conocida y haber sido objeto de un extenso debate en la doctrina hispanohablante, no será preciso detenerse en exceso¹⁰⁰⁷. La idea esencial de la que parte la argumentación de este autor reside en la distinción entre “expectativas normativas” (aquellas que se relacionan con cómo *deben* ser las cosas) y “expectativas cognitivas” (que se asocian, por el contrario, a cómo las cosas, de hecho, *son*)¹⁰⁰⁸. El ordenamiento jurídico trata de ofrecer pautas de conducta basadas en una orientación de carácter normativo. Es decir, pretende que los ciudadanos se puedan comportar tomando como vigente aquello que el Derecho dice que debe ser¹⁰⁰⁹. Ello resulta imprescindible porque, en una sociedad de continuos contactos anónimos, como es la nuestra, las relaciones interpersonales, si no estuvieran “ordenadas” de este modo, constituirían una fuente de inseguridad tal que harían inviable el desarrollo normal de la vida diaria¹⁰¹⁰.

Ahora bien, esta distinción entre expectativas normativas y cognitivas desempeña una correcta función didáctica o taxonómica, pero una incorrecta descripción de la forma en que el Derecho en verdad opera. Así, precisa JAKOBS, “toda institución normativa (...) si debe dirigir la orientación real que tiene lugar cotidianamente, requiere cierta cimentación cognitiva. El quebrantamiento de la norma no debe pertenecer a la experiencia cotidiana de la víctima y, en general, debe ser perseguida, si es que la expectativa normativa debe dirigir realmente las relaciones sociales”¹⁰¹¹. Esta disociación entre una clase y otras de expectativas la ilustra magistralmente con el ejemplo de quien está sufriendo una paliza.

¹⁰⁰⁷ Vid., en particular sobre el debate suscitado en torno al conocido como “Derecho penal del enemigo”, del que la imposición de medidas de seguridad posdelictivas a imputables sería una de las más importantes manifestaciones, nota 13.

¹⁰⁰⁸ JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática*, pp. 18 y ss.

¹⁰⁰⁹ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pp. 7 y ss.

¹⁰¹⁰ *Ibíd.*, pp. 8 y ss. En un sentido prácticamente idéntico, CALLIESS, R. P., *Dialogisches Recht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005, pp. 11 y ss., entiende que la simplificación de las posibles expectativas (y, por tanto, de la complejidad de nuestras vidas) pasa por la reducción de la variedad de alternativas posibles. Tan cierto es esto que no resulta preciso partir de postulados parecidos para sostener esta idea. Así, un feroz crítico del funcionalismo como BORJA JIMÉNEZ, E., *Revista General de Derecho Penal*, p. 3, afirma en un sentido muy parecido que “[c]uando el crimen se extiende por la comunidad como una gigantesca mancha de aceite, embadurna a todos los sujetos, a todas las instituciones y a todos los poderes. Y la aparente libertad sin límites que pueden desarrollar los individuos se convierte en las paredes de una cárcel imaginaria de inseguridad total”.

¹⁰¹¹ JAKOBS, G., “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, *InDret*, n.º 1, 2009, p. 11.

Para este, constatar que los golpes que recibe constituyen un injusto típico frente al que el ordenamiento podría reaccionar (expectativa normativa) serviría de escaso consuelo. Sería preciso, por el contrario, una reacción cognitiva que hiciera que los golpes parasen¹⁰¹². Las expectativas normativas, parece sugerir el autor, no se mantienen en pie frente a los sucesos que se desenvuelven en el plano cognitivo de forma especialmente intensa.

En todo caso, reaccionar de forma cognitiva frente a un ciudadano requiere al menos alguna explicación, pues no es ese el trato que, de ordinario, se le debería suministrar por parte del Estado. Para JAKOBS los “defectos personales” (el incumplimiento de los deberes, que son junto a los derechos lo que nos hace “personas” y no “individuos”) pueden tener una distinta repercusión jurídica. Para aquellos de carácter transitorio es preciso poner a la “persona” (y no al peligro que supone) en “primera fila”¹⁰¹³. Ahora bien, cuando “la ‘abolladura’ transitoria en la personalidad se convierte en una deformación permanente” resultaría inadecuado seguir ubicando a la “persona” en el papel central y no tener en cuenta la fuente de peligro que constituye¹⁰¹⁴. En estos casos sería preciso reforzar la ya mencionada “cimentación cognitiva” para que la “expectativa normativa” pudiera seguir desempeñando correctamente su función orientadora.

Así, sostiene JAKOBS que “es verdad que el refrán que reza ‘no se confía en quien ha mentado, aunque solamente lo haya hecho una vez’ es exagerado, pero solamente los tontos se orientan según la palabra de quienes son

¹⁰¹² *Ibíd.*, p. 9.

¹⁰¹³ *Ibíd.*, p. 10. Es interesante, por ello, la explicación a la legítima defensa que ofrece antes (p. 9). Frente al ejemplo de la paliza, que previamente se narra, cabría, por supuesto, legítima defensa. Esta constituiría una reacción cognitiva permitida por la despersonalización del autor de la agresión ilegítima (de la que debe responder por su conducta previa). Sin embargo, esta despersonalización ha de producirse “dentro de los límites de lo necesario”, pues “el agresor no es una existencia carente de valor”. Sigue, por el contrario, siendo una “persona”, siquiera en sentido limitado. Pese a ello, en estos casos está justificada toda reacción necesaria, dado que es el agresor quien debe responder de su conducta ilícita y, de este modo, “se le trata también en esa medida como persona”. Esto es así porque se le atribuye a él y no a otro factor la situación de conflicto y esta atribución constituye también una forma de reconocimiento.

¹⁰¹⁴ *Ibíd.*, p. 10. Es preciso, en todo caso, para comprender debidamente la concepción *jakobsiana* insistir en que el autor alemán no equipara nunca esta “deformación permanente” con la mera delincuencia. Así, sostiene JAKOBS, G., “Derecho penal del enemigo”, pp. 29 y ss., que “[e]n principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”.

sorprendidos mintiendo una y otra vez”¹⁰¹⁵. A riesgo de ser quizás incluidos entre esos “tontos” creemos que no solo ellos se orientan confiando en quien miente, también lo hacen los crédulos y, sobre todo, aquellos que, por algún motivo, tienen un deber institucional de confianza. De este modo, el tribunal que enjuicia al sujeto multirreincidente no sería “tonto” por respetar la presunción de inocencia de este (“por orientarse según la palabra de quienes son sorprendidos mintiendo una y otra vez”). La pregunta, entonces, es si el Estado (el ordenamiento penal) ha de comportarse más como el sujeto que no quiere ser bajo ningún concepto engañado o, por el contrario, si no le queda más remedio, en atención a algún motivo de carácter axiológico o normativo, que confiar y esperar a detener al mentiroso tan pronto como vuelva a mentir¹⁰¹⁶. Puestos a recurrir a refranes también tenemos aquel de que “se pilla antes a un mentiroso que a un cojo”. De ser cierto, y siguiendo con la metáfora, los delitos de estos sujetos serían más fácilmente detectables y enjuiciables y, consecuentemente, la vigencia del ordenamiento jurídico se vería particularmente reforzada; de manera que aquella idea de que la infracción constante genera una mayor perturbación se podría ver contrarrestada con el hecho cierto de que dicha perturbación sería compensada en mayor medida (arrojaría una menor “cifra negra”, en términos criminológicos) que los delitos cometidos por otros sujetos.

Hasta aquí la explicación podría parecer puramente instrumental o utilitaria. No se ha suministrado por el momento argumento alguno que ofrezca una explicación plausible al individuo cuyos derechos se están restringiendo. Sin embargo, esta fundamentación se halla presupuesta y aflora ocasionalmente. La necesidad de ofrecer una “fiabilidad cognitiva” sería una “prestación debida” por parte de toda persona que aspire a la libertad (pues “tiene que comportarse de tal manera que — pese a todas las ‘abolladuras’ causadas en su personalidad de tanto en tanto— muestren en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho”)¹⁰¹⁷. De esta manera emerge la explicación axiológica que se pretende ofrecer a estas formas de privación de derechos, pues “si esta obligación no se cumple de modo *imputable* y de una manera *cualificada* (...) la sociedad

¹⁰¹⁵ JAKOBS, G., *InDret*, p. 11.

¹⁰¹⁶ En definitiva, la cuestión es la de si el Estado debe parecerse más al sujeto paranoico que teme que todo el mundo lo engañe o lesione transmitiendo esta inseguridad a todo el que se detenga a observarlo o si debe confiar en el recto funcionamiento de sus instituciones ordinarias. En un sentido próximo ha explicado CANCIO, MELIÁ, M., “¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, pp. 132 y ss., que “si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama ‘Derecho penal del enemigo’ está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de normalidad, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal ‘normal’. Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, precisamente, esos elementos esenciales amenazados”.

¹⁰¹⁷ JAKOBS, G., *InDret*, p. 13.

tiene que conseguir coactivamente la fiabilidad cognitiva, precisamente mediante medidas de seguridad complementarias a la pena que excluyen de determinadas actividades sociales”¹⁰¹⁸.

Sin duda, como el propio JAKOBS reconoce y apuntábamos antes, estas consideraciones se enmarcan en el seno de su tan criticado “Derecho penal del enemigo” y hay muchas (y muy buenas) razones para oponerse a él¹⁰¹⁹. Sin embargo, dudamos (con el propio autor) de que la mayor parte de quienes le dirigen críticas a su construcción ofrezcan soluciones más convincentes. De este modo, defendiéndose tácitamente de las objeciones que se le hacen, plantea el autor alemán lo interesante que sería investigar “las opiniones de quienes oponen contra el Derecho penal del enemigo la dignidad humana, el principio de culpabilidad y otros parámetros de tamaño semejante, mientras que en el caso de las medidas de seguridad no superan los estrictos ‘intereses estatales de protección’; ello esclarecería si realmente el problema lo constituyen los conceptos o solamente la asignación de un nombre: un modo claro e incluso tajante *versus* un modo elegante-velado. También se puede pintar el Estado de Derecho de color de rosa, y la verdad podría ser aquello que, según la opinión de muchos gobernantes, no se puede decir”¹⁰²⁰.

En definitiva, JAKOBS pretende ofrecer un criterio axiológico (ni siquiera estrictamente funcional, como en ocasiones se le achaca) para la imposición de estas medidas y muchos de quienes le critican se conforman con explicaciones más vacías o utilitarias para dar sustento a estas medidas. Se considere o no convincente la concreta argumentación desarrollada, lo cierto es que parece que es ese el camino que debe ser emprendido.

Los intentos descritos en este epígrafe han procurado (creemos que con algún éxito) robustecer la fundamentación sobre la que se asientan esta clase de medidas. Pero el precio no ha sido pequeño. La específica fundamentación verdaderamente no utilitaria de las medidas de seguridad de corte inocuidador las aproxima, en el sentido apuntado por KÖHLER, a la responsabilidad por la conducción de vida y, de este modo, a algo que, al menos formalmente ha sido reiteradamente rechazado (con más o menos motivos) por la

¹⁰¹⁸ *Ibíd.*, p. 13.

¹⁰¹⁹ *Vid. supra*, nota 13.

¹⁰²⁰ JAKOBS, G., *InDret*, p. 13.

doctrina moderna¹⁰²¹. Así, resulta inevitable que estas medidas, con esta fundamentación, evoquen irremisiblemente la idea de “pena”; discusión que, como vimos al comienzo de este trabajo, ha sido abordada de forma “más honesta” en el entorno anglosajón¹⁰²². Entonces vimos que algunos autores habían propuesto (*grosso modo*) tipificar el delito de ser (o mostrarse) peligroso, vinculando así la reacción en esta clase de supuestos a las exigencias requeridas para la imposición de penas legítimas. Pocas divergencias, más allá de las estrictamente terminológicas, pueden hallarse entre los postulados de los que defienden inocular con medidas a los sujetos responsables por generar de forma imputable un recelo social razonable y aquellos que proponen castigar a los sujetos que culpablemente satisfagan los requisitos de un tipo penal que se pueda reconducir a la idea de “ser peligroso”¹⁰²³. Al final, parece que las diferencias no son tantas¹⁰²⁴.

3. ¿El paralelismo de la cuarentena?

Una estrategia hasta cierto punto habitual para tratar de justificar la privación de derechos del sujeto responsable y peligroso, especialmente en el ámbito anglosajón, es la de considerarlo una especie de “foco de peligro” y comparar su situación a la de un paradigmático modo de control de otras fuentes de peligro: la cuarentena¹⁰²⁵. Esto es, se

¹⁰²¹ KÖHLER, M., *Der Begriff der Strafe*, Decker/Müller, Heidelberg, 1986, pp. 81 y ss.

¹⁰²² Vid. supra, Capítulo I, epígrafe II. En este sentido, resulta perfectamente pertinente la pregunta que se hace MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, p. 62, tras alertar, en la misma línea en que lo hemos hecho aquí, de que este tipo de planteamientos “supone un acercamiento notable entre el fundamento de las medidas, al menos las meramente asegurativas, y el de las penas”. La pregunta es: “¿[n]o podría ser que lo que no queremos admitir como castigo de la culpabilidad nos cueste mucho menos de asumir si lo disfrazamos de peligrosidad?”. Profundiza en esta idea en “La relación entre culpabilidad y peligrosidad”, pp. 141 y ss.

¹⁰²³ Toda esta discusión pone, además, de manifiesto algo que por poco tratado no deja de resultar sorprendente. La imposición de medidas de seguridad de corte inocular exigiría aquí como presupuesto la existencia de imputabilidad en el sujeto. Solo quien responsablemente hubiera generado la situación perturbadora sería merecedor de tal restricción de derechos. Así, la fundamentación más convincente de la imposición de las medidas de seguridad a sujetos responsables apela también, precisamente, a su responsabilidad. La imputabilidad se erige así como un elemento necesario de las mismas. De este modo, como pasa exactamente igual con las penas, los presupuestos de su legítima imposición serían la comisión previa de un delito y un estado de responsabilidad del autor (coetáneo y posterior al delito). Sobre esta base se añadiría algo que parcialmente se toma en consideración también con las penas: la existencia de un pronóstico de peligrosidad criminal. La semejanza entre ambas instituciones alcanza así un grado al menos llamativo.

¹⁰²⁴ Por ello, no se puede coincidir con quien, como HEINEMANN, I., *Die Erledigung freiheitsentziehender Maßregeln*, p. 1, sostiene que las medidas de seguridad (en su conjunto, no solo las terapéuticas) constituyen, a diferencia de la pena, una medida que no encierra desvalor ético-social alguno.

¹⁰²⁵ Seguramente la investigación que dio origen a este debate (a la que siguió una amplia discusión al respecto) fue la de SCHOEMAN, F. D., “On Incapacitating the Dangerous”, *American Philosophical*

trata de equiparar la situación del potencial delincuente con la de un sujeto portador de una enfermedad grave y altamente contagiosa al que se somete a una privación de libertad deambulatoria (reclusión). Se dice así que determinadas formas de control de sujetos criminalmente peligrosos (se piensa habitualmente en la custodia de seguridad o internamientos equivalentes) estarían legitimadas por una suerte de estado de necesidad estatal en el que, para cumplir su obligación de proteger a la ciudadanía de riesgos extremos, el Estado no puede más que recluir al peligroso como mal menor. La comparación con la cuarentena, así, trasciende el puro carácter metafórico¹⁰²⁶. En esta línea, algún autor ha sostenido que la privación de libertad de un sujeto en atención a su peligrosidad criminal (si esta es elevada) solo supondría un ataque a la noción de autonomía moral en la misma medida en que lo hace la cuarentena¹⁰²⁷. De este modo, “bajo ciertas condiciones, no sería consistente aceptar el uso de las cuarentenas asociadas a las medidas de salud pública y rechazar la privación civil de libertad con carácter preventivo para el peligroso”¹⁰²⁸.

La argumentación es sin duda poderosa. Y lo es esencialmente por tres motivos. El primero es que existe una aparente semejanza estructural entre el caso del sujeto altamente infeccioso y el sujeto altamente peligroso: ambos pueden producir (con cierta probabilidad) un daño grave y potencialmente indeterminado¹⁰²⁹. El segundo motivo es

Quarterly, vol. 16, 1979, pp. 27-35. En este trabajo se puede encontrar una decidida apuesta por la fundamentación ética de las medidas que pretenden evitar la comisión de delitos basada en la extrapolación a ellas de los argumentos que hacen, en principio, indiscutible la correcta fundamentación de una medida de protección pública potencialmente tan lesiva de derechos fundamentales como es la cuarentena. Por su parte, GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, p. 359, ha mantenido en el ámbito alemán que debería asociarse la fundamentación de las medidas de seguridad a las de la cuarentena; así, dice expresamente, “la medida no puede ser una pena, y para no ser una pena no basta el no cumplir meramente un presupuesto de legitimación, sino que es necesario que no presente los elementos del concepto de pena en sí. La medida debería concebirse como una especie de cuarentena: un hombre inocente, pero sin embargo peligroso, es alejado de su entorno en interés a la seguridad de los demás”. Pese a todo, la argumentación al respecto se acaba aquí y la referencia se efectúa de forma genérica a lo relativo a las medidas de seguridad y no precisamente a aquellas que se impondrán a sujetos imputables. Por ello, no se le prestará mayor atención en este punto a las opiniones del autor.

¹⁰²⁶ Es, incluso, posible que con ella se pretenda también trazar una suerte de paralelismo entre el papel corruptor de la enfermedad y el delito para la sociedad, de forma que la restricción de estas fuentes de peligro se torna un fin indispensable. Sin embargo, esto es pura especulación, pues, aunque pudiera subyacer tal postulado, este no ha sido, hasta donde se nos alcanza, abiertamente manifestado.

¹⁰²⁷ SCHOEMAN, F. D., *American Philosophical Quarterly*, p. 27.

¹⁰²⁸ *Ibíd.*, p. 27.

¹⁰²⁹ Así, tiene razón SCHOEMAN, F. D., *American Philosophical Quarterly*, p. 32, en que, en ambos supuestos, al final, los concretos sujetos son privados de libertad en beneficio de otros.

que nadie duda de que, pese al carácter excepcional de la situación, puede llegar a ser razonable privar de libertad a un sujeto que padece una grave y letal enfermedad, por ejemplo, ébola¹⁰³⁰. En tercer lugar, pese a las diferencias que inevitablemente ambas formas de restricción de derechos presentan, existe una amplia semejanza en la forma en que materialmente estas son llevadas a cabo¹⁰³¹. Sin embargo, tras la presunta identidad de ambos supuestos se esconden varios matices que no pueden ser obviados y que determinan que lo aplicable en el caso de la cuarentena no lo sea para la custodia de seguridad ni, en menor medida, para otro tipo de restricciones de derechos.

a) Control del peligro por la voluntad del sujeto en el caso de la peligrosidad criminal

La primera y, en nuestra opinión, más importante diferencia reside en que, mientras que en el enfermo sometido a cuarentena la peligrosidad resulta ajena a su voluntad (es peligroso, aunque en absoluto quisiera serlo), en el autor criminalmente peligroso el riesgo se relaciona precisamente con el ejercicio de ella. Por ello mismo, se trata de un peligro, en este último caso, potencialmente controlable por su portador. El hecho de que la posible lesión se encuentre sometida a la voluntad de su portador en absoluto resulta algo baladí. De hecho, aun cuando no quepan dudas de la posible legitimidad de someter a cuarentena a un sujeto que no puede controlar la propagación de su enfermedad, no se puede decir lo mismo en los casos en los que la forma de transmisión de esta es suficientemente conocida e individualmente evitable¹⁰³². El ejemplo del que se sirve CORRADO en este punto habla por sí mismo¹⁰³³. No será igual ser portador de VIH (riesgo que, salvo extraños supuestos, podrá ser perfectamente controlado por quien lo padece),

¹⁰³⁰ En este sentido, apunta CORRADO, M. L., *The Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 791, que el poder estatal de privar de libertad a un sujeto no puede estar limitado por la previa comisión del delito. Así, incluso quienes rechazan la idea de la privación preventiva de tipo punitivo deben admitir la admisibilidad de algunos supuestos de internamiento civil y cuarentena. Esta afirmación resulta difícilmente cuestionable, como lo es, por las mismas razones, aquella de SCHOEMAN, F. D., *American Philosophical Quarterly*, p. 33, que dice que deberíamos admitir que, en ocasiones, es legítimo privar de libertad a personas que no han hecho nada malo, “la cuestión no puede ser *si* podemos coaccionar a gente a pesar de no haber hecho nada malo, sino dónde trazar la línea en la que tal coerción es legítima”.

¹⁰³¹ De hecho, las diferencias existentes parecerían hablar a favor de una mayor privación de libertad (más restrictiva en su forma) en el caso de la cuarentena, donde la incomunicación del sujeto internado es potencialmente absoluta y la libertad deambulatoria todavía más restringida. Consecuentemente, si la materialización concreta de la restricción de libertad fuera lo único que importase, resultaría ciertamente más difícil de justificar la cuarentena que la detención preventiva de sujetos peligrosos.

¹⁰³² CORRADO, M. L., *The Journal of Criminal Law and Criminology*, pp. 812 y ss.

¹⁰³³ *Ibíd.*, p. 813.

que sufrir una tuberculosis. En el primer caso, pese a las restricciones que inevitablemente conllevará la enfermedad, se podrá disfrutar de una “vida normal”, mientras que en el segundo el mero contacto humano (o, incluso en su ausencia, el contacto con alimentos, utensilios o enseres) podrá suponer ya la puesta en peligro de la salud de otras personas¹⁰³⁴.

b) Distintos niveles de precisión en la estimación del peligro en ambos casos

Una segunda diferencia se encuentra en que, como ya vimos, la peligrosidad criminal es evaluada de forma muy imperfecta, lo que dificulta enormemente la ponderación coste/beneficio (o, si se prefiere, la concreción de cuál sea el “interés preponderante”), mientras que en el caso del enfermo sometido a cuarentena esta resulta más fácilmente estimable (toda una disciplina, la “epidemiología”, se dedica precisamente a ello). Es cierto, no obstante, que en ninguno de los dos casos se pueden “valorar certezas”, pero el margen de incertidumbre en el caso de las enfermedades infecto-contagiosas es, en principio, sensiblemente menor¹⁰³⁵. De nuevo, de hecho, la cuarentena se hallará menos legitimada en aquellos supuestos en los que se desconozca el alcance de la transmisibilidad de la afección (lo que no quiere decir que en esos casos deba estar vedada).

c) Distinta extensión temporal de la privación de derechos en los dos supuestos

Como tercera diferencia, no menor, se puede señalar que la restricción de derechos del imputable peligroso puede ser potencialmente muy larga (según los distintos ordenamientos, incluso indefinida), mientras que en el caso de la cuarentena esta será necesariamente breve. En efecto, ya sea por curación o fallecimiento del paciente la restricción de derechos a la que se verá sometido no podrá ser muy larga. Hay que tener

¹⁰³⁴ Es cierto, se podría alegar, que el peligro para la salud pública de quien sufre tuberculosis (o cualquier otra enfermedad altamente infecciosa) podría ser perfectamente conjurado por sí mismo. Bastaría con que se aislara y evitase todo contacto humano. Sin embargo, aún siendo cierto, esa afirmación tiene algo de falaz en la medida en que, en primer lugar, seguramente no le fuera exigible procurarse los cuidados necesarios por sí mismo en esos casos y, en segundo lugar, no se vería en este caso que se gana en términos de libertad, que es, al fin y al cabo, de lo que ahora hablamos.

¹⁰³⁵ Ello con independencia de que, como la actualidad pone claramente de manifiesto, tampoco la epidemiología es capaz de ofrecer respuestas especialmente precisas cuando analiza fenómenos novedosos. Evidentemente, cuando lo que se valoran son enfermedades bien conocidas las estimaciones resultan mucho más acertadas que las que se ofrecen por parte de tal disciplina cuando una nueva patología entra en escena.

en cuenta que las enfermedades muy contagiosas solo nos importan si son potencialmente letales (a corto/medio plazo) o pueden generar gravísimas secuelas y son, además, independientes de la voluntad del paciente de transmitirlos. Una enfermedad contagiosa que, incluso aunque su contagio escape completamente a la voluntad del autor, no reúna esas características no parecería ser sustento suficiente sobre el que articular una cuarentena. No parecería sensato, en definitiva, someter a cuarentena a quien padece una simple gripe. En este sentido, la cuarentena tiene un componente de excepcionalidad del que la detención del sujeto peligroso carece¹⁰³⁶.

d) Posible crecimiento exponencial del peligro en las enfermedades infecto-contagiosas

Una cuarta diferencia está en el hecho de que en el caso del autor responsable el peligro será el que de él pueda derivar, mientras que en el paciente sometido a cuarentena el que puede generar resulta exponencialmente creciente. Esto no solo quiere decir que en un caso el peligro sea mayor que en otro (que, en principio, también), sino, sobre todo, que no ya la concreción del riesgo, sino su propia magnitud se halla desvinculada de la voluntad del sujeto peligroso¹⁰³⁷. En algún sentido, el potencial autor de delitos tiene a su alcance acotar el riesgo de su actividad en la medida de sus deseos. En el caso de las enfermedades transmisibles, por el contrario, el “efecto contagio” hace que, con el

¹⁰³⁶ No nos referimos ahora a la excepcionalidad relativa a los pocos supuestos en los que estas instituciones sean aplicadas. Aunque algunos autores han querido ver diferencias en ellas desde esta perspectiva (la cuarentena sería absolutamente excepcional y la detención preventiva del imputable peligroso no tanto), no nos parece un argumento convincente. Así, en este punto le asiste la razón a SCHOEMAN, F. D., *American Philosophical Quarterly*, p. 34, cuando sostiene que “la distinción entre situaciones de emergencia y aquellas que no lo son en atención a la rareza del evento difícilmente pueden constituir una base moral legítima para tomar decisiones”. Además, prosigue el autor, frente a la idea de que hacer algunas concesiones en términos de derechos y libertades en supuestos excepcionales supone menos problemas que hacerlo de forma frecuente, se podría alegar que todavía menos concesiones habría si ello no se hiciera tampoco en esos casos. En todo caso, aunque no se compartieran estos argumentos, la salida frente a esta crítica por parte de los defensores de la detención preventiva de sujetos imputables criminalmente peligrosos sería sencilla: bastaría con que afirmaran que esta forma de privación de libertad es también excepcional o que, en todo caso, debería serlo.

¹⁰³⁷ De un modo en algún sentido similar, ha dicho VON HIRSCH, A., “La prolongación de penas para los delincuentes peligrosos”, en CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.): *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 197, que “las consecuencias que se intentan evitar al prolongar la pena del delincuente peligroso son menos dramáticas que en el caso de la enfermedad pandémica, pues no se trata de una amenaza para la supervivencia de la sociedad”. En todo caso, no nos parece que sea este el planteamiento más afortunado, pues no resulta claro que un requisito para que la cuarentena sea legítima deba ser que los riesgos sean tan altos como para poner en riesgo la propia “supervivencia de la sociedad”. Por otra parte, no es disparatado imaginar sujetos que, vinculados a organizaciones terroristas, fueran capaces de generar más muertes que las producidas por una pandemia. No es, pues, en nuestra opinión, la eventual intensidad del daño, sino su naturaleza y origen, la que puede marcar una diferencia.

surgimiento de nuevos “focos de peligro”, la peligrosidad del sujeto inicialmente enfermo se vea de algún modo desbordada.

e) Primer intento de contención del peligro en el caso de la cuarentena, no así en el del sujeto criminalmente peligroso

La quinta diferencia radica en que, en relación con el autor responsable, no se trata de la primera privación de libertad con finalidad similar (lo que debería empezar a hacer pensar en la corresponsabilidad social), mientras que en el enfermo en cuarentena se tratará, en principio, de la primera restricción grave de derechos. Por motivos como estos, parte de la doctrina ha apuntado que las medidas de seguridad para imputables solo serían lícitas cuando la misma función se hubiera perseguido verdaderamente a través de la propia ejecución de la pena privativa de libertad¹⁰³⁸. El hecho de que, antes del internamiento, se impongan al sujeto criminalmente peligroso restricciones de derechos que apelan a su responsabilidad es ciertamente ilustrativo.

f) Generalmente, autonomía intacta del sujeto criminalmente peligroso

La sexta diferencia se encuentra en que del sujeto responsable podremos sostener su autonomía, algo que rara vez se podrá predicar (a causa de los síntomas de la enfermedad) del paciente. Es decir, no ya la capacidad de culpabilidad, sino algo más mundano, la situación de conflicto existencial en la que probablemente se encuentre el sujeto sometido a cuarentena, traza una cesura entre este y aquel que, de manera más o menos sopesada, se decanta por el delito o el comportamiento conforme a Derecho.

g) Propósito médico de la cuarentena

Una séptima diferencia se puede apreciar en el hecho de que la medida de seguridad inocuidadora persigue solo el bienestar de los demás, cuando la cuarentena a la que es sometido un sujeto busca, por el contrario, no solo el bienestar social, sino también el del paciente (en forma de intento de tratamiento o, si este no es posible, de cuidados

¹⁰³⁸ Así, por ejemplo, FRISCH, W., *InDret*, 2007, p. 30, ha señalado con rotundidad que “organizar la ejecución de la pena de forma improductiva desde el punto de vista de la prevención especial y hacerse cargo de las necesidades de prevención en forma separada resulta un abuso formal insostenible en un Estado de Derecho”. En una línea muy similar, STRATENWERTH, G., *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, p. 108.

paliativos). De hecho, una cuarentena que no proporcionase, en la medida de lo posible, el tratamiento o los cuidados disponibles merecería no solo ser catalogada de ilegítima, sino de especialmente repulsiva (piénsese, por ejemplo, en el mero encierro sin atención de pacientes enfermos). En cambio, sin acudir a versiones muy extremas de paternalismo o perfeccionismo, resulta difícil manifestar que la medida de seguridad postpena para imputables se imponga en beneficio de estos sujetos¹⁰³⁹.

h) Inexistencia de medios menos lesivos en el supuesto de la cuarentena

En el caso de la restricción de derechos del sujeto responsable, entrando ahora en una octava diferencia, existen medios menos lesivos para conjurar su peligrosidad. Aunque sean desproporcionadamente costosos, existen. Si los casos de sujetos imputables peligrosos son tan pocos como dicen quienes pretenden legitimar su sometimiento a medidas (en el entendido de que el carácter excepcional de estas refuerza sus argumentos, o al menos no los pone en cuestión), gran parte de los Estados actuales deberían contar con recursos económicos y humanos más que suficientes para hacerlo de manera menos lesiva. Piénsese, por ejemplo, no ya en la localización telemática permanente, sino en el seguimiento policial continuo (que no es precisamente una privación de derechos leve, aunque es en todo caso menor que algunas de las que se plantean). Si nuestro ordenamiento no se decanta por otras alternativas no es porque estas no existan, sino porque se consideran desproporcionadamente costosas y esta pretendida desproporción bebe de nuevo de la idea de que hay algo “reprochable” en estos sujetos que hace que deba ser a ellos a quienes se les imputen buena parte de los costes (“por qué”, se preguntarían algunos, “debo pagar tanto para contener a esa mala persona”). En el caso del enfermo sometido a cuarentena, estas formas de intervención alternativa, en cambio, no existen. Y, si existieran, la decisión a favor de la cuarentena se tornaría verdaderamente problemática.

¹⁰³⁹ De hecho, creemos que ello solo sería posible mantenerlo desde una perspectiva rayana en lo metafísico que viera un componente de expiación del delito en esta privación de libertad o en una concepción algo vacía de la prevención especial positiva. Ahora bien, por un lado, resultaría difícil encontrar este componente de expiación en la medida y no en la pena y si está en ambas instituciones la labor de delimitación vuelve una vez más a complicarse. Por otro lado, si la medida de seguridad beneficiase al sujeto por ofrecerle un “panorama realista” de reinserción, la pregunta sería la de por qué este no fue suministrado en su momento durante la ejecución de la pena y cómo, más allá de esta, se puede legitimar su imposición coactiva.

i) *“Reprochabilidad” del peligro criminal a su “portador”*

Estas ocho diferencias parecerían favorecer una justificación diferenciada de ambos casos por considerar, en definitiva, que la peligrosidad criminal del sujeto responsable constituye un riesgo más acotable, controlable o sometible a la voluntad del autor. Sin embargo, existe otra diferencia adicional que parece empujar en la dirección de legitimar una importante restricción de derechos del sujeto criminalmente responsable que acaba de ser someramente apuntada. La imposición de la medida de seguridad es consecuencia de la valoración que del sujeto se hace (de la que, en alguna medida, quizás se le pueda hacer responsable), mientras que la cuarentena es, en principio, fruto de la mala fortuna. Existe en el primer caso un reproche (tácito o expreso). Se percibe socialmente que el sujeto es peligroso “porque quiere”. Frente a ello, en la cuarentena no hay reproche alguno (al menos no estructuralmente, aunque en el caso concreto sí pueda haberlo) y se percibe al enfermo como una víctima y un peligro involuntario¹⁰⁴⁰. Sin embargo, en Estados como el nuestro, en el primer caso podría aflorar la idea de corresponsabilidad y en el segundo, en cambio, la idea de caso fortuito si no hay, incluso, corresponsabilidad de la víctima con su infortunio. Esta diferencia, como se puede apreciar, tiene un carácter ambivalente y viene, en todo caso, marcada por la idea de reproche (o su ausencia), que, en principio y según mantienen muchos, debería ser ajena a la lógica de las medidas de seguridad.

Algunas de las objeciones planteadas frente al propósito de equiparar el tratamiento de ambas situaciones tienen, es verdad, más peso que otras, pero lo que parece cierto es que la semejanza que antes apuntábamos parece ahora circunstancial y más aparente que real. Así, del mismo modo que FRISCH decía que las semejanzas entre penas y medidas de seguridad eran completamente irrelevantes y las diferencias esenciales, podemos decir nosotros lo mismo en relación con la cuarentena y los internamientos a imputables peligrosos¹⁰⁴¹. Por ello, con independencia de la cuestión de si restricciones de libertad como la custodia de seguridad se pueden legitimar, lo que parece claro es que no podrán serlo por una mera asimilación a los supuestos de cuarentena.

¹⁰⁴⁰ VON HIRSCH, A., “La prolongación de penas para los delincuentes peligrosos”, p. 197, señala también que “al portador de la enfermedad puesto en cuarentena no lo tratamos como a alguien merecedor de reproche”.

¹⁰⁴¹ Vid., sobre lo primero, supra, nota 953.

Cuadro resumen de las diferencias	
CUSTODIA DE SEGURIDAD	CUARENTENA
El peligro depende de la intención del sujeto: lo controla.	El peligro es independiente de la intención del sujeto: no lo controla.
El peligro es medido de forma imperfecta.	El peligro se puede estimar razonablemente.
El plazo de privación de libertad es muy extenso.	El plazo de privación de libertad es necesariamente breve.
El peligro está circunscrito al propio sujeto.	El peligro es exponencial.
Generalmente, no es la primera privación de libertad.	Generalmente, es la primera privación de libertad.
El sujeto es plenamente autónomo.	El sujeto rara vez será autónomo.
Se persigue prioritariamente la utilidad social.	Se busca también utilidad médica (curativa o paliativa).
Existen medios menos lesivos.	Es el único medio posible.
Cabe “reproche”.	No hay “reproche”.

A modo de recapitulación, cabe señalar que, si en el epígrafe anterior veíamos que la determinación del fundamento corría el riesgo de incurrir en un proceso arbitrario de autojustificación, incluso prescindiendo de dicha objeción, la tarea de buscar un distinto fundamento para penas y medidas inocuidadoras para sujetos responsables se antoja extremadamente compleja. El único fundamento realmente convincente de la imposición de esta clase de medidas dista poco (si es que lo hace algo) del propio de las penas. Así, aunque tal labor de búsqueda de fundamentación fuera en abstracto posible, parece que, una vez que se aterriza la cuestión ante los supuestos concretos, la realidad desmiente tal posibilidad.

IV. Problemas de una distinción: los ejemplos paralelos de la *Sicherungsverwahrung* y del *civil commitment*

En páginas anteriores se ha tratado de poner de relieve la existencia de varias y trascendentes tensiones presentes en la delimitación entre penas y medidas de seguridad de corte inocuizador destinadas a sujetos imputables. A continuación, nos serviremos de dos ejemplos de gran relevancia, pertenecientes a ordenamientos jurídicos de especial influencia (el alemán y el norteamericano), para ilustrar cómo efectivamente cristalizan estas dificultades en la práctica. Los ejemplos que analizaremos someramente serán los de la *Sicherungsverwahrung* alemana y las leyes de *civil commitment* norteamericanas.

La comparación de estas dos instituciones tiene sentido en la medida en que, en términos muy generales, ambas pueden ser descritas (como veremos, de modo imperfecto) como medidas de aseguramiento posdelictivas impuestas a sujetos plenamente responsables que se ejecutarán tras el cumplimiento de la pena de prisión. Estas medidas, en definitiva, consisten en un internamiento (con un carácter más o menos terapéutico en función del caso) limitado siempre por la existencia de peligrosidad criminal del sujeto y en ocasiones también por un límite máximo absoluto. Se trata, en definitiva, de la reclusión de sujetos responsables tras el cumplimiento de la pena impuesta en atención a la peligrosidad criminal que todavía manifiestan. En consecuencia, y como resulta fácilmente imaginable, se trata de medidas que desde una perspectiva estrictamente material se asemejan mucho a la pena de prisión¹⁰⁴².

Este análisis, sin embargo, tiene un carácter marcadamente ejemplificativo y no pretende, en ningún caso, equiparar exactamente ambos institutos jurídicos. Una diferencia esencial a tomar en consideración a la hora de comparar el tratamiento jurídico que ambos ordenamientos dispensan al sujeto que delinque y es imputable y peligroso debería conducir a una consideración de carácter más global. Como ha señalado TOBER, el ordenamiento alemán responde a la peligrosidad criminal, en principio, a través de una única vía, las medidas de seguridad (escindiendo estas de forma supuestamente clara de las penas, que reaccionan frente a otro “problema”); mientras tanto, el ordenamiento norteamericano, que tradicionalmente desconocía la posibilidad de acudir a esta clase de

¹⁰⁴² Las semejanzas entre ambas instituciones son, al menos desde una perspectiva político-criminal, tantas que, por ejemplo, URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad*, p. 251; o SEITÚN, D. I., *El agresor sexual: peligrosidad y persona*, p. 225, las equiparan tácitamente; lo que seguramente sea, en realidad, correcto.

mecanismos, combatía la peligrosidad criminal mediante agravaciones de las penas en determinados supuestos. La introducción de mecanismos que (al menos) se asemejan a lo que podríamos llamar medidas de seguridad en Estados Unidos no supuso, ni mucho menos, la desaparición o reducción de esta clase de agravaciones, sino que, más bien, se vio acompañada de ellas (paradigmáticamente a través de las conocidas como leyes de “*three strikes and you are out*”)¹⁰⁴³. En este sentido, la verdadera comprensión del tratamiento jurídico del responsable de un delito que reúne simultáneamente las notas de imputable y peligroso solo puede ser cabalmente comprendida en el entorno norteamericano atendiendo a ambas dimensiones¹⁰⁴⁴.

Ahora bien, insistimos, el propósito aquí es únicamente el de poner de relieve algunos de los problemas comunes que suponen estas privaciones de libertad asimilables a lo que podemos entender en nuestro ordenamiento como medidas de seguridad y no un análisis de distintos ordenamientos jurídicos cuya correcta comprensión implicaría un análisis completo de los mismos. En este sentido, hay motivos para dudar de que, al menos en lo que al tratamiento del sujeto imputable y peligroso se refiere, sea posible llevar a cabo un examen parcial del ordenamiento jurídico que sea a su vez correcto. Y ello porque, como ya hemos dicho, la relación entre distintas instituciones de muy diversos sectores del ordenamiento (civil, penal, administrativo, etc.) en ámbitos que pueden contar, además, con un diverso sistema de fuentes, complica la cuestión enormemente¹⁰⁴⁵. De este modo,

¹⁰⁴³ TOBER, T., *Sicherungsverwahrung*, p. 95. En ese sentido, conviene tener en cuenta, con SANZ MORÁN, A. J., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en BUENO ARÚS, F., KURY, H., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y ZAFFARONI, E. R. (Dir.): *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1095, que el “retorno a la inocuización” (expresión acuñada por SILVA SÁNCHEZ) se halla presente “tanto en los modelos ‘monistas’ como en los ‘dualistas’ de respuesta al delincuente habitual peligroso”. De manera que esta tendencia sería global y no se encontraría exclusivamente asociada al modo en que cada ordenamiento pretende responder para inocuizar a los sujetos peligrosos, sino a una reformulación de la política-criminal de más profundo calado. Ello con independencia de que quepa discutir si alguno de ellos resulta un vehículo especialmente propicio para el desarrollo de tales planteamientos.

¹⁰⁴⁴ TOBER, T., *Sicherungsverwahrung*, p. 102.

¹⁰⁴⁵ Parece evidente que el ámbito de actuación de cada una de estas instituciones y de cada uno de estos sectores del ordenamiento delimita a su vez el de otros. Así, cómo y con qué alcance se regule el internamiento civil de las personas con discapacidad influirá en la necesidad y en la forma de articulación de las medidas de seguridad. Del mismo modo, la concreta configuración de las penas en un determinado ordenamiento condicionará la manera en que se configuren otras medidas de carácter preventivo. Igualmente, las potestades que en ejercicio del “Derecho de policía” pueda desempeñar la autoridad pública para la evitación de delitos, o las posibilidades de aplicación de la prisión provisional o la detención preventiva, harán más o menos necesarias otras medidas y ayudarán a perfilar sus contornos. Igualmente sucede con otras muchas instituciones. En consecuencia, analizar solo unas o

la comprensión correcta solo puede proceder de un estudio global que no descuide estos aspectos; un análisis de todo punto inabarcable para las pretensiones de este trabajo.

1. La custodia de seguridad alemana

Tras esta advertencia preliminar, es hora de entrar en el análisis de la custodia de seguridad alemana (*Sicherungsverwahrung*), que ha sido, con razón, calificada en multitud de ocasiones como la más lesiva y discutida sanción con la que cuenta el ordenamiento alemán¹⁰⁴⁶. Tan peculiar es su configuración y contenido que hay quien, como MUSHOFF, ha sostenido que la custodia de seguridad “ocupa un lugar especial en la zona de frontera que separa las penas de las medidas de seguridad”¹⁰⁴⁷. Y también hay quienes, como MAURACH, consideraron ya hace tiempo que la custodia de seguridad era algo más próximo a las penas que a las medidas¹⁰⁴⁸.

El desarrollo de esta institución jurídica merece, sin duda, ser calificado de convulso, inestable y polémico. En lo que sigue se ofrecerá una breve y selectiva historia de su desarrollo jurídico. Será breve en la medida en que se trata de una materia ya profundamente tratada por distintos autores¹⁰⁴⁹. Por otra parte, será selectiva porque una descripción del desarrollo de todas las facetas interesantes con las que cuenta la custodia de seguridad alemana sería muy poco útil a los efectos de este trabajo y sembraría más confusión que claridad. Así, poco sentido tiene aquí extenderse en demasía en la regulación de la materia en el Tercer *Reich* o en los problemas que en materia

algunas de estas instituciones no solo supone un análisis parcial, sino que ni tan siquiera asegura que la parte que ha sido analizada haya sido rectamente entendida.

¹⁰⁴⁶ Vid., entre otros muchos, STISSER, D. T., *Die Sicherungsverwahrung: de lege lata et de lege ferenda*, Nomos, Baden-Baden, 2019, p. 19; y GROSCURTH, T. P., *Sicherheit durch Sicherung*, pp. 6 y 233. Sostienen lo mismo para el ordenamiento suizo en relación con su custodia de seguridad, JOSITSCH, D., EGE, I. y SCHWARZENEGGER, C., *Strafen und Massnahmen*, p. 211. BORJA JIMÉNEZ, E., *Revista General de Derecho Penal*, p. 3, considera a esta institución como el más intensivo “de todos los mecanismos previstos en el Derecho comparado para hacer frente a la peligrosidad del reo tras el cumplimiento de su pena”. Por otra parte, da buena cuenta de la naturaleza discutida de la institución el hecho de que sea para el propio JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 34, un claro ejemplo de “Derecho penal del enemigo”.

¹⁰⁴⁷ MUSHOFF, T., *Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung*, p. 305.

¹⁰⁴⁸ MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung*, p. 46.

¹⁰⁴⁹ Para quien pueda estar específicamente interesado en esta materia nos permitimos una remisión a ellos. Especialmente clarificador en este punto resulta el trabajo de GROSCURTH, T. P., *Sicherheit durch Sicherung*, pp. 238 y ss. En castellano, resulta ilustrativa la descripción ofrecida por BORJA JIMÉNEZ, E., *Revista General de Derecho Penal*, pp. 24 y ss.

competencial y de ejecución se han suscitado entre el poder legislativo federal y el de los distintos *Länder*¹⁰⁵⁰. Se tratará, pues, únicamente, de describir los problemas más importantes, en lo que ahora nos interesa, suscitados en torno a la debida caracterización de este instituto jurídico.

Como es de sobra conocido, el origen de la custodia de seguridad data de 1933 cuando fue aprobada la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre las medidas de aseguramiento y mejora (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*, 24-11-1933) en los primeros meses del régimen nacionalsocialista¹⁰⁵¹. Esta norma incluía, por primera vez, una medida de esta clase en el ordenamiento alemán¹⁰⁵². En todo caso, conviene poner de relieve que, aunque a veces se olvide, esta normativa no incluía únicamente la custodia de seguridad como forma de lucha contra los (considerados para el régimen nacionalsocialista) delincuentes peligrosos, sino también la inclusión de agravaciones a las penas ya existentes basadas en la peligrosidad¹⁰⁵³. En consecuencia, resulta difícil decir en puridad que nos encontremos aquí ante un genuino sistema de doble vía en el que las penas respondan a la culpabilidad

¹⁰⁵⁰ Todas estas cuestiones se abordan, lógicamente de modo desigual según el caso, en todas las obras alemanas citadas en este epígrafe.

¹⁰⁵¹ En todo caso, sí es oportuno poner de manifiesto, siguiendo a BORJA JIMÉNEZ, E., *Revista General de Derecho Penal*, pp. 27 y ss., que el nacimiento nacionalsocialista de la medida permite afirmar que “su origen anclado en el más exacerbado totalitarismo político podría ponernos sobre la pista de que el conflicto entre la seguridad ciudadana y los derechos del condenado se inclina claramente [en lo que a esta institución se refiere] a favor de la primera opción”. En sentido contrario, apunta MEIER, B. D., *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 234, que, en lo referido a la ley por la que se incluyó la custodia de seguridad en el ordenamiento alemán, la concreta manifestación normativa no es, en absoluto, un ejemplo típico del Derecho nacionalsocialista y que sus raíces se remontan, en verdad, a un momento todavía anterior.

¹⁰⁵² Sin embargo, resulta sencillo, como vimos que también lo era para el caso español, encontrar antecedentes históricos que constituyen claros precedentes jurídicos. En lo que ahora nos ocupa, se suele señalar como antecedente más inequívoco de estas instituciones las previsiones al respecto contempladas en la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. Vid., para antecedentes menos remotos, DESSECKER, A., *Gefährlichkeit und Verhältnismässigkeit*, pp. 27 y ss. y 78 y ss.

¹⁰⁵³ Así lo señala expresamente SCHUSTER, K., *Die Sicherungsverwahrung im Nationalsozialismus und ihre Fortentwicklung bis heute*, Nomos, Berlín, 2019, p. 60; agravación de penas que, pese a encontrarse ya contemplada la custodia de seguridad, prosiguió su escalada con la Ley para la modificación del Código penal del *Reich* (*Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches*), de 4 de septiembre de 1941, que, entre otras agravaciones, contemplaba la pena de muerte para delincuentes habituales peligrosos cuando la protección de la comunidad así lo demandara. Vid., al respecto, *ibíd.*, p. 72.

y las medidas de seguridad a la peligrosidad, sino que ambas reacciones entremezclan sus presupuestos y dan lugar a un sistema ciertamente nebuloso¹⁰⁵⁴.

Con la caída del régimen del Tercer *Reich* la custodia de seguridad se enfrenta a los primeros problemas. Así, en la República Federal Alemana, en la que nos centraremos ahora, surge la cuestión de si la custodia es o no una institución típicamente nacionalsocialista y si, por tanto, debe permanecer en el ordenamiento jurídico o si debe ser desechada¹⁰⁵⁵. El nuevo legislador se decantó por su permanencia¹⁰⁵⁶. Pese a ello, lo cierto es que en los años inmediatamente posteriores la institución tuvo una aplicación esencialmente residual¹⁰⁵⁷.

No hubo cambios relevantes hasta el año 1969, en el que se llevó a cabo una reforma legislativa que reducía de modo sensible el alcance de la custodia de seguridad. Seguramente la modificación de mayor trascendencia consistiera en la introducción de un plazo máximo de diez años (que, como veremos, luego sería fuente de multitud de problemas) a una institución que había sido en inicio configurada como potencialmente ilimitada (podría durar tanto como fuera necesario para conjurar la peligrosidad criminal del autor)¹⁰⁵⁸. Hasta entrados los años noventa no se produjo ningún cambio significativo, pero, a partir de ese momento, comenzaron a sucederse vertiginosas y trascendentes modificaciones en la regulación de esta materia. Desde finales de los años noventa hasta la actualidad han tenido lugar multitud de reformas legislativas que han obedecido a la

¹⁰⁵⁴ Asimismo, llama la atención sobre la combinación de esta concreta orientación de la política criminal con las políticas eugenésicas y racistas del régimen nazi SCHUSTER, K., *Die Sicherungsverwahrung im Nationalsozialismus*, pp. 57 y ss.

¹⁰⁵⁵ En la República Democrática Alemana la historia fue mucho más breve y sencilla. En 1952 fue expulsada (por “fascista”) del ordenamiento por parte del Tribunal Superior de la DDR y no volvería a ser aplicable en su territorio hasta el año 1995 tras la reunificación alemana. En todo caso, no conviene perder de vista, como apunta STISSER, D. T., *Die Sicherungsverwahrung*, pp. 28 y ss., que a su exclusión del ordenamiento jurídico siguió la inclusión de agravaciones de pena de gran trascendencia para aquellos sujetos a los que antes estaba destinada la custodia de seguridad que operaron como auténticos “equivalentes funcionales” de esta última (mediante la ley de 12-01-1968); por lo que, probablemente, se trató más de una exclusión cosmética y simbólica que de una sustentada en valoraciones axiológicas relevantes. En un sentido similar, TOBER, T., *Sicherungsverwahrung*, p. 31 y MUSHOFF, T., *Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung*, p. 28.

¹⁰⁵⁶ Así, SCHUSTER, K., *Die Sicherungsverwahrung im Nationalsozialismus*, pp. 194 y ss.

¹⁰⁵⁷ Señala su aplicación menor hasta la llegada de la década de los noventa MUSHOFF, T., *Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung*, p. 29.

¹⁰⁵⁸ Tal modificación legislativa se produjo a través de la *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, de 25 de junio de 1969.

plasmación de distintas orientaciones político-criminales y a determinadas sentencias tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional alemán¹⁰⁵⁹.

Así, a raíz de algunos escabrosos sucesos con gran repercusión mediática (vinculados esencialmente a agresiones sexuales a menores) el legislador alemán tomó la decisión de llevar a cabo una importante reformulación de la *Sicherungsverwahrung* que, entre otras consecuencias, tuvo como resultado más importante la erradicación del plazo máximo de diez años de internamiento existente entonces y la simplificación de los requisitos necesarios para su aplicación¹⁰⁶⁰. A comienzos de la década siguiente se produjeron otros dos cambios relevantes en idéntica dirección: en 2001 algunos *Länder* comenzaron a regular la aplicación retroactiva de esta última reforma y en 2002 el legislador federal estableció una nueva modalidad de custodia (la *vorbehaltenen Sicherungsverwahrung*) que, en esencia, supone la posibilidad de que el tribunal, en el momento de condenar, se reserve la opción de imponer la medida en un tiempo posterior, próximo ya el momento de extinción de la condena, en que se valore la concurrencia, o no, de los presupuestos exigidos¹⁰⁶¹. Hasta aquí nos encontramos ante un desarrollo de la institución en el plano legislativo que obedece, además, a una misma línea político-criminal. Desde este momento la intervención de distintos órganos judiciales dinamizará (y complicará) el devenir de la institución.

En efecto, en el año 2004 el Tribunal Constitucional alemán (en adelante, TCa) emitió dos sentencias de profundo calado en la materia¹⁰⁶². La primera de ellas (STCa 05/02/2004, BVerfGE 109, 133) afrontaba, entre otras cuestiones no tan relevantes en lo que ahora nos importa, la cuestión de si la aplicación retroactiva de la nueva regulación (en definitiva, de la supresión del plazo máximo de diez años antes referido) contravenía

¹⁰⁵⁹ Una extensa exposición en castellano del devenir jurisprudencial de esta institución se puede encontrar en BORJA JIMÉNEZ, E., *Revista General de Derecho Penal*, pp. 30 y ss.

¹⁰⁶⁰ Todo ello a través de la Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*), de 26 de enero de 1998.

¹⁰⁶¹ Vid., al respecto, GROSCURTH, T. P., *Sicherheit durch Sicherung*, pp. 248 y ss.

¹⁰⁶² Es importante, en todo caso, no perder de vista el contexto en el que ambas decisiones son adoptadas: uno en el que el órgano constitucional se vio mediáticamente acosado por diversos medios de comunicación a un nivel que resultaría sorprendente incluso en España. Vid., al respecto, TOBER, T., *Sicherungsverwahrung*, pp. 56 y ss.

la Constitución alemana. La decisión del tribunal en este punto fue que, dado que la custodia de seguridad era una medida de seguridad y carecía, en consecuencia, de carácter estrictamente penal, la prohibición de irretroactividad no la alcanzaba. Por tanto, la medida en cuestión podía ser aplicada en los términos vigentes a supuestos previos a la entrada en vigor de las modificaciones.

En la segunda sentencia (STCa 10/02/2004, BVerfGE 109, 190) se debatía, en cambio, una (importante) cuestión competencial: la de si los diferentes *Länder* tenían, o no, potestad para normar en esta materia y para establecer supuestos en los que cupiera aplicar la custodia de seguridad. A diferencia de lo que había sucedido en la primera sentencia, en este supuesto el Tribunal Constitucional alemán estimó el recurso interpuesto y decretó que los *Länder* carecían de la competencia oportuna, pues la *Sicherungsverwahrung*, aun no siendo pena, debía considerarse materia penal y, por tanto, competencia del legislador federal. Sin embargo, para evitar la inmediata liberación de los sujetos sometidos a esta clase de custodia (que, recordemos, serían en principio los más peligrosos presos) el alto tribunal alemán decidió, haciendo uso de una posibilidad existente en el país germano, decretar la nulidad de tales normas a partir del treinta de septiembre del mismo año; esto es, concedía una suerte de prórroga o moratoria al legislador federal para que enmendara la laguna legislativa que podría llegar a producirse si así lo estimaba oportuno. Este último satisfizo la, más o menos velada, demanda del Tribunal Constitucional y promulgó en el debido plazo la Ley para la introducción de la custodia de seguridad de imposición posterior (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*, 23-07-2004).

Hasta aquí se puede observar de qué manera el legislador alemán, con alguna modulación (en el fondo menor) de su Tribunal Constitucional, se embarcó en una deriva en la que continuamente se expandía el alcance de la medida. Se instauraron así, en un periodo de apenas seis años, dos modalidades nuevas —la de imposición posterior (diríamos retroactiva) y la de reserva de imposición—, se redujeron sus requisitos y se desembridó la limitación temporal con la que desde hacía casi tres décadas contaba. Este apresurado desarrollo constituye, sin lugar a duda, una buena muestra de un nuevo espíritu político-criminal que empezaba a desarrollarse y a contar con unos rasgos fácilmente perceptibles.

Llegados a este punto, el siguiente hito de interés alcanzó una dimensión supranacional con la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si bien hasta ahora nos

encontrábamos ante una deriva inflacionaria en lo que a la custodia de seguridad se refiere, el devenir de la institución cambiaría rápidamente su rumbo. Así, con la ya célebre *STEDH M. contra Alemania*, de 17 de diciembre de 2009, la custodia de seguridad (o, mejor, su aplicación con carácter retroactivo) se encontró por primera vez severamente limitada. En síntesis, el tribunal acordó que, a los efectos de determinadas garantías del CEDH, muy señaladamente en lo relativo a la irretroactividad de las disposiciones penales sancionadoras (art. 7. 1 CEDH), y en atención especialmente a su forma de ejecución, la custodia de seguridad merecía la calificación de pena (*penalty*)¹⁰⁶³. En consecuencia, su imposición de forma retroactiva contravenía lo dispuesto en el Convenio¹⁰⁶⁴. La sentencia en cuestión produjo una auténtica convulsión jurídica y fue seguida de algunas otras que ratificaron esta línea jurisprudencial¹⁰⁶⁵. El TEDH materializaba de este modo el riesgo del que había tratado de escapar el Tribunal Constitucional alemán y ponía en jaque a buena parte de la política-criminal alemana. En los dos años siguientes el legislador alemán trató de volver a enmendar la situación con la Ley para la nueva regulación de la custodia de seguridad (*Gesetz zur Neuregelung der Sicherungsverwahrung*, 22-12-2010) y la Ley para la terapia e internamiento de delincuentes violentos con perturbaciones

¹⁰⁶³ En este sentido, conviene recordar con CORRECHER MIRA, J., “El concepto de pena y medida de seguridad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: implicaciones en el estudio de la peligrosidad”, en ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M. (Dirs.): *Peligrosidad Criminal y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 241 y ss., que desde una perspectiva más general de la jurisprudencia del TEDH son, a los efectos del concepto autónomo de pena que maneja el art. 7 CEDH, “criterios sustanciales” para considerar “pena” a una restricción de derechos “su imposición como parte de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito, la naturaleza y propósito de la medida, sus características dentro del sistema de consecuencias jurídicas del delito del ordenamiento jurídico interno de los Estados partes, los procedimientos seguidos para la ejecución de la medida y, finalmente, su severidad”.

¹⁰⁶⁴ La amplísima literatura disponible en lengua castellana sobre este punto nos exime de llevar a cabo un análisis más pormenorizado de la resolución. A este respecto, son especialmente interesantes las apreciaciones de BORJA JIMÉNEZ, E., *Revista General de Derecho Penal*, pp. 36 y ss. En todo caso, merece la pena destacar también que no fue este el único motivo que llevó a declarar la regulación de la custodia de seguridad alemana contraria al CEDH. Por motivos estrechamente relacionados a los que fundamentaban la contrariedad de la *Sicherungsverwahrung* con la prohibición de aplicación retroactiva de las penas se consideró vulnerado también el art. 5.1 CEDH (derecho a la libertad), dadas las carencias procedimentales (especialmente: imprevisibilidad) del procedimiento por el que el recurrente había sido privado de libertad.

¹⁰⁶⁵ En este sentido, argumentaciones similares, con parecidos resultados, se emplearon en las SSTEDH en los casos *Kallweit contra Alemania*, *Mautes contra Alemania* y *Schummer contra Alemania* (todas estas resoluciones datan del 13 de enero de 2011). Las tres resoluciones consideran transgredidos los arts. 5.1 y 7.1 CEDH haciendo referencia expresa a la doctrina jurisprudencial sentada en el caso *M. contra Alemania*.

mentales (*Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter*, 22-12-2010).

Esta última reforma tuvo especial trascendencia, pues, para evitar la liberación de determinados sujetos, establecía en su primer artículo la posibilidad de internar a aquellos que debieran ser liberados por haberles sido aplicada de forma retroactiva (y antijurídica) la custodia de seguridad siempre que en ellos se dieran dos requisitos. El segundo de ellos no presenta, en lo que ahora nos importa, mayores problemas, pues se remite sin más a la necesidad de acordar tal medida de cara a la protección de la colectividad. Más problemático es, sin duda, el primero de los requisitos, referido a la presencia en el sujeto en cuestión de una anomalía mental (*psychische Störung*). Lo controvertido en este punto no es que se pueda acordar el internamiento de un enfermo mental, algo fuera de discusión desde hace mucho tiempo, sino el hecho de que esa anomalía no pueda ser leída en términos que afecten a la imputabilidad del sujeto¹⁰⁶⁶. Estamos hablando en estos casos de sujetos que han sido condenados como agentes (al menos parcialmente) responsables, que han cumplido su pena y que, con posterioridad, han sido sometidos a una custodia de seguridad. Esta anomalía difícilmente puede ser interpretada de una forma que la aleje demasiado de la mera propensión al delito¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁶ De hecho, la STCa 04/05/2011 (BVerfGE 128, 326-409) ya apuntaría, siguiendo previa jurisprudencia del TEDH que, a los efectos del art. 5.1.e CEDH, “un simple comportamiento socialmente desviado no representa perturbación psíquica alguna a los efectos de este precepto (...) un trastorno antisocial de la personalidad o una psicopatía (*anti-social personality* o *psychopathic disorder*) podrían, sin embargo, estar comprendidos en él”; situación que, además, se vería en buena medida flexibilizada en atención a un cierto “margen de apreciación” con el que contarían los Estados parte del CEDH para determinar la existencia de tales anomalías, la necesidad de la privación de libertad y la duración de la misma. En relación con esta situación, y específicamente con su “consagración” por parte de la sentencia apuntada, HÖRNLE, T., “Der Streit um die Sicherungsverwahrung. Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n.º. 9, 2011, ha manifestado varias críticas. Para empezar, ha sostenido que la idea de la “anomalía psíquica” (*psychische Störung*) es por completo ajena al sentido y finalidad de las medidas asegurativas. En este sentido, “una anomalía psíquica puede ser un indicio para la constatación del peligro, pero no un presupuesto necesario para la verificación de la situación de peligro” (p. 490). Además, prosigue la autora, es cierto que, debido a las “pobres exigencias” que el Tribunal Constitucional alemán demanda para la constatación de tal anomalía psíquica, esta se podrá predicar de una gran parte de los delincuentes violentos y sexuales peligrosos en potencia, pero no de todos. Sin embargo, existiría el riesgo de que los sujetos en cuestión rechazasen el contacto con los especialistas y peritos, por lo que, en muchas ocasiones, podría no ser sencillo determinar la existencia de tal anomalía y, consecuentemente, se liberaría a sujetos peligrosos (p. 491).

¹⁰⁶⁷ Se muestra muy crítico también GROSCURTH, T. P., *Sicherheit durch Sicherung*, pp. 279 y ss.

De esta manera, al patologizar el comportamiento desviado y tratarlo en términos aparentemente médicos (que, insistimos, en nada afectarían, sin embargo, a la imputabilidad) se salvaba un escollo importante: el art. 5.1 CEDH (derecho a la libertad personal), al entrar en el ámbito de una de sus excepciones, que permite el internamiento en estos casos¹⁰⁶⁸. Ello porque en los supuestos de tratamientos médicos, el CEDH reconoce la posibilidad de restricciones de libertad con carácter retroactivo, pues no se trataría ya de penas (limitadas en este sentido por el art. 7.1 CEDH), sino de intervenciones de otra naturaleza. De este modo, se conseguía aplicar a determinados casos la ansiada custodia de seguridad retroactiva.

Esta estrategia (tratar la mera propensión al delito como enfermedad mental que no afecta a la responsabilidad criminal; en definitiva, quedarse con lo “mejor” de los dos mundos para una política-criminal de marcado carácter securitario) fue previamente desarrollada, en términos muy similares, en los Estados Unidos con las leyes de *civil commitment*, como veremos. Parece evidente que, una vez más, se pone de relieve aquí (de forma, por cierto, especialmente clara) la tensión existente cuando decimos de un mismo sujeto que padece una alteración mental que no afecta a su responsabilidad, pero que, sin embargo, merece tratamiento, pues su “trastorno” le impulsa a la comisión de delitos. Esta “estrategia elusiva” fue, sin embargo, finalmente refrendada por la STEDH *Bergmann c. Alemania*, de 7 de enero de 2016, que no vio tacha alguna de contrariedad al CEDH en la imposición de una custodia de seguridad amparada en tal excepción a un sujeto que padecía trastornos de carácter sexual (tendencia al sadismo y otras desviaciones) combinados con consumo de alcohol¹⁰⁶⁹.

En este curioso contexto se emitió la importante STCa 04/05/2011 (BVerfGE 128, 326 – 409); resolución especialmente trascendente a los efectos de este trabajo. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional alemán trató de satisfacer un doble objetivo: dar cumplimiento a la doctrina sentada por la STEDH *M. contra Alemania* y, simultáneamente, defender el sistema germano de doble vía y la posibilidad de

¹⁰⁶⁸ Sin embargo, se plantea algún problema interpretativo adicional que tiene en su origen en las distintas manifestaciones lingüísticas del Convenio Europeo de Derecho Humanos. Así, se emplean las expresiones *unsound mind* (en inglés), *psychische Störung* (en alemán), *aliéne* (en francés) y enajenado (en español); expresiones que, salvo las dos últimas, no comparten exactamente los mismos significados.

¹⁰⁶⁹ En el supuesto concreto, es necesario reconocer que la jurisdicción alemana apreció, en todo caso, una imputabilidad disminuida.

caracterizar la custodia de seguridad como una medida de seguridad con el objetivo de sustraerla de las garantías típicamente penales¹⁰⁷⁰. Con estos propósitos el tribunal estableció que era perfectamente lícito considerar a todos los efectos la custodia de seguridad como una verdadera medida de seguridad (con diferentes fundamentos y finalidades) siempre que se respetaran una serie de principios reconducibles a un “mandato de diferenciación” (*Abstandsgebot*), derivado, a su vez, del principio de proporcionalidad¹⁰⁷¹. En definitiva, dada la diferencia teórica que ha de trazarse entre penas y medidas, la ejecución de unas y otras, orientadas a diversos propósitos, deben ser, sostuvo el tribunal, esencialmente distintas¹⁰⁷². En palabras del propio tribunal: “el mandato de diferenciación se sustenta en los diferentes fundamentos de legitimación constitucional y finalidades con los que cuentan las penas privativas de libertad y la custodia de seguridad”. Entre unas y otra, con carácter más general, entre las penas y las medidas, considera el Tribunal Constitucional alemán que existe una “diferencia categorial”. En todo caso, apuntaba el órgano, este mandato no era respetado suficientemente por la legislación vigente en aquellos momentos.

A esta idea (o, al menos, a su expresión literal) se le han formulado algunos reproches. TOBER ha señalado, criticando, sin ir más lejos, la elección de las palabras, que esta no se ajusta bien al propósito que en verdad alberga; de manera que, llevando al absurdo el argumento, se podría llegar a producir la inconstitucionalidad de la custodia de seguridad por el mero hecho de que la ejecución de la pena se humanizara de forma importante y adquiriese una dimensión más resocializadora (de este modo también se reduciría la distancia entre ambas instituciones)¹⁰⁷³.

¹⁰⁷⁰ Todo ello se hacía, además de resaltar, con particular insistencia e intensidad, el papel subordinado que el CEDH desempeña en relación con la Constitución alemana. El CEDH no tiene más rango, dice el tribunal, que el de una ley federal y, en consecuencia, se encuentra por debajo de la Constitución. Ello, continúa, sin que quepa negar el papel auxiliar que puede llegar a desplegar en la interpretación de los derechos y principios fundamentales. Vid., a este respecto, FRISCH, W., “Das Bundesverfassungsgericht und die Sicherungsverwahrung”, en HECKMANN, D., SCHENKE, R. P. y SYDOW, G. (Eds.): *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 970 y ss.

¹⁰⁷¹ BORJA JIMÉNEZ, E., *Revista General de Derecho Penal*, p. 37, traduce la expresión como “mandato o imperativo constitucional de diferenciación”.

¹⁰⁷² Vid., para una crítica de este planteamiento por improcedente (dado que la legitimidad de las medidas de seguridad no residiría en esta lógica, sino en su semejanza con situaciones de estado de necesidad), FRISCH, W., “Sicherungsverwahrung”, p. 976.

¹⁰⁷³ En este sentido, TOBER, T., *Sicherungsverwahrung*, p. 234.

Esta crítica es justa. Sin embargo, como la misma autora reconoce, resulta algo superficial, pues pasa por alto que, en el fondo, lo que se está demandando son una serie de condiciones para la correcta ejecución de la custodia de seguridad¹⁰⁷⁴. Es cierto, no cabe duda, que la expresión no es afortunada. El “mandato de diferenciación” (o “mandato de la distancia”, en otra de sus traducciones posibles, quizás más gráfica) pasa por alto que la diferencia o distancia entre dos instituciones no depende solo de cómo se configure o dónde se ubique una de ellas, sino también de las características de la otra. Dicho de manera sencilla: la distancia entre dos puntos no depende nunca solo de la posición de uno de ellos, sino de la de ambos. Hacer depender, desde esta perspectiva, la constitucionalidad de una institución de cómo se configure otra no parece lo más adecuado.

Ahora bien, no se debe perder de vista que el “mandato de diferenciación” es el rótulo que se le ha querido dar (con mayor o menor fortuna en lo terminológico) a una serie de principios de carácter sustantivo y procesal cuya validez en nada se ve afectada por la impugnación de su denominación. En concreto, el TCa sostuvo hasta un total de siete principios en los que cristaliza tal mandato. Estos son:

- 1) Principio de *ultima ratio* (*ultima-ratio-Prinzip*): la custodia de seguridad solo debería ser tomada en consideración cuando durante la ejecución de la pena se hubieran agotado todas las posibilidades para reducir la peligrosidad criminal del condenado.
- 2) Mandato de individualización e “intensificación” (*Individualisierungs- und Intensivierungsgebot*): el abordaje de la peligrosidad del sujeto debería responder a las características individuales del mismo y el trato dispensado debería estar orientado específicamente a estas. No serían adecuados, en consecuencia, tratamientos estandarizados e impersonales.
- 3) Mandato de motivación (*Motivierungsgebot*): dadas las consecuencias psíquicas perjudiciales que un internamiento de carácter indefinido puede suponer, debería orientarse el tratamiento también a evitar la desmotivación del sujeto y la adopción por este de un rol pasivo. Para ello, entre otras cosas, sería necesario que existiera una posibilidad realista de liberación.

¹⁰⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 234 y ss.

- 4) Mandato de separación (*Trennungsgebot*): el carácter preventivo-especial de la custodia de seguridad debería llevar a que el internamiento tuviera lugar en establecimientos o edificios distintos de aquellos en los que los condenados cumplen sus penas.
- 5) Mandato de minimización (*Minimierungsgebot*): la propia custodia de seguridad habría de estar orientada a la preparación de la libertad y, en consecuencia, debería admitir la posibilidad de una progresiva relajación de sus condiciones de cumplimiento.
- 6) Mandato de protección jurídica (*Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot*): los sujetos privados de libertad deberían contar con mecanismos jurídicos que les permitieran proteger sus derechos e intereses durante el desarrollo del internamiento.
- 7) Mandato de control (*Kontrollgebot*): sería necesario, igualmente, articular mecanismos procesales que permitieran revisar el mantenimiento de la medida con un carácter, al menos, anual. Un estricto control de la prolongación de la medida por parte de los tribunales no sería más que una cristalización del carácter de la institución de medida de seguridad.

La repercusión de esta sentencia fue enorme y el legislador, una vez más, se hizo eco de las demandas del máximo intérprete constitucional que, como ya hiciera en 2004, otorgó al legislador un plazo máximo (que expiraba el 31 de mayo de 2013) para modificar la normativa. En consecuencia, entró en vigor en el año 2013 la Ley para la incorporación al Derecho federal del mandato de diferenciación en la regulación de la custodia de seguridad (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*), que incorporaba al StGB buena parte de las exigencias del Tribunal Constitucional alemán que acaban de ser apuntadas (en particular en su § 66 c)¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁵ Así, STISSER, D. T., *Die Sicherungsverwahrung*, p. 154. Vale la pena apuntar, en todo caso, que la ya citada STEDH *Bergmann c. Alemania* dejó sentado (si bien mediante *obiter dictum*) que “la custodia de seguridad configurada de conformidad con el nuevo marco legislativo constituye todavía, como norma general, una ‘pena’ a los efectos del art. 7.1 CEDH (...) la naturaleza más preventiva y los propósitos de la custodia de seguridad en su forma revisada no son suficientes para eclipsar el hecho de que la medida, que comporta una privación de libertad sin duración máxima, fue impuesta siguiendo a la condena por un delito y es todavía acordada por tribunales pertenecientes al sistema penal”. Si en el caso concreto no se apreció vulneración del art. 7.1 CEDH fue porque, según el

De este modo culmina, hasta el momento, el periplo jurisprudencial y legislativo de esta polémica institución en Alemania. La descripción de su trayectoria pone de manifiesto algunos de los problemas que ya anunciábamos que se pueden presentar en la delimitación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad imponibles a sujetos imputables.

Así, la dificultad de tal distinción se pone fácilmente de relieve comprobando la discusión entre tribunales. Se constata con ello, igualmente, que la polémica no es puramente conceptual, sino que siempre se encuentra fuertemente vinculada a la cuestión de las garantías que han de acompañar a una u otra institución. En el caso alemán, el caballo de batalla (o, al menos, el más trascendente a los efectos que aquí importan) no era otro que el de la posibilidad de aplicar retroactivamente la medida¹⁰⁷⁶. En todo momento se admitió, sin embargo, que la acumulación de penas y medidas de seguridad era perfectamente posible y que con ella no se ponía en cuestión, en principio, derecho fundamental alguno¹⁰⁷⁷.

Antes de concluir este apartado, es oportuno hacer una breve referencia a la proyección que la custodia de seguridad pudo haber tenido en España y que, quizás (nunca es descartable), pueda llegar a tener en un futuro no muy lejano. En este punto, la historia es de nuevo conocida para el lector español. En los trabajos preparatorios de la reforma del Código penal del año 2015 (concretamente, en el Anteproyecto de Reforma del Código penal de 11 de octubre de 2012, que culminaría con la LO 1/2015, de 30 de marzo)

tribunal, cuando la medida se impone con el propósito de tratar un trastorno mental (como era el caso concreto) muta la naturaleza de la medida, que pierde su carácter punitivo y no puede ser ya comprendida por el precepto en cuestión.

¹⁰⁷⁶ En lo que a esta concreta garantía se refiere el ordenamiento jurídico español no tendría este problema. Vid., al respecto, art. 2.1 CP.

¹⁰⁷⁷ Así, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “La custodia de seguridad”, p. 400. En una línea parecida, en relación en concreto con la citada STCa 04/05/2011, HÖRNLE, T., *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, p. 492, ha sostenido que el Tribunal Constitucional alemán señaló que los preceptos que regulaban la custodia de seguridad (arts. 66 y ss.) serían, en su caso, contrarios a la Constitución alemana por su forma de ejecución y no por su contenido, lo que, además, generaría un curioso problema competencial dado que, desde una importante reforma legislativa producida en 2006 en este ámbito, la competencia para la ejecución de penas y medidas no correspondería al “Estado central”, sino a cada uno de los *Länder*. Así, el precepto creado por el “Estado federal” podría ser inconstitucional por una deficiente regulación no achacable directamente a él. A este respecto, el Tribunal Constitucional alemán, de forma no especialmente convincente, señalaba en su sentencia que el “Estado federal” estaría obligado a establecer unas “líneas maestras” de la custodia de seguridad que evitaran que la regulación de los *Länder* en sede de ejecución pudiera burlar los requisitos básicos para su constitucionalidad (§129). Eso fue lo que se hizo mediante la ya apuntada *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*.

aparece de forma sorpresiva una nueva medida de seguridad posdelictiva para sujetos responsables bajo la denominación “custodia de seguridad” clarísimamente emparentada con la institución alemana recién descrita¹⁰⁷⁸. La inclusión de la custodia de seguridad, sin embargo, nunca vería la luz. De hecho, ya en una fase preparatoria más avanzada (Proyecto de reforma de Código penal de 4 de octubre de 2013) no queda aparentemente rastro alguno de ella. Ese breve período, sin embargo, sirvió para poner en guardia a la doctrina que, de manera muy generalizada, se opuso con buenas razones a ella. Entre los distintos motivos aducidos se encontraba el de su carácter político-criminalmente reaccionario y su innecesariedad¹⁰⁷⁹. La desaparición de la custodia de los trabajos legislativos no fue, pese a todo, tan clara. Fuera ya la custodia de seguridad del punto de mira del legislador, acabó este aprobando la prisión permanente revisable cuyo mantenimiento tras el período mínimo de cumplimiento se encuentra, como ya hemos señalado, estrechísimamente vinculado a esta figura¹⁰⁸⁰. De manera que la supuesta “victoria” de quienes se oponían a la introducción en el Código penal de esta medida fue más aparente que real.

2. Los internamientos civiles de delincuentes peligrosos en Estados Unidos

Descrito ya, en términos necesariamente someros, el devenir jurídico de la custodia de seguridad alemana, es el momento de detenerse brevemente en su “equivalente funcional” (con comillas especialmente pronunciadas) norteamericano: las leyes de *civil commitment*. Aquí de nuevo nos encontramos con un problema de distribución competencial que dificulta la correcta comprensión de la situación. Como es de sobra conocido, en Estados Unidos existe una competencia penal federal, pero también una

¹⁰⁷⁸ Sobre la concreta formulación de la propuesta y sus problemas, vid. RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “La custodia de seguridad”, pp. 396 y ss. y OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, pp. 149 y ss.

¹⁰⁷⁹ Vid., sobre su innecesariedad, MIR PUIG, C., “El Derecho penal de la seguridad: la custodia de seguridad”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017. Dicho autor considera que la previsión en nuestro ordenamiento de la medida de seguridad de libertad vigilada, así como la posible condena por el quebrantamiento de esta (*ex art. 468.2 CP*) hacen innecesaria la previsión de la custodia de seguridad (pp. 1034 y 1038). En sentido similar se pronuncia, en el ámbito alemán, STISSER, D. T., *Die Sicherungsverwahrung*, pp. 287 y ss.

¹⁰⁸⁰ Vid. *supra*, nota 191 y el texto al que acompaña.

serie de competencias concurrentes de cada uno de los Estados federados de no menor importancia¹⁰⁸¹.

De manera ciertamente similar a como sucedió en Alemania, aunque unos años antes, algunos casos mediáticos especialmente cruentos (que implicaban agresiones sexuales y homicidios de menores de edad) espolearon al legislador a introducir una serie de cambios legislativos¹⁰⁸². Estas modificaciones, dejando ahora de lado la tan llamativa exacerbación punitiva que ya venía produciéndose en Estados Unidos, tuvieron como resultado que varios de sus Estados federados optaran por la aprobación de distintas leyes que contemplaran la posibilidad de un internamiento postpenitenciario para determinados sujetos, especialmente agresores sexuales¹⁰⁸³. Este internamiento tendría como objetivo esencial, traducido en términos teóricos, una mezcla de inocuización y tratamiento. A lo largo de los años siguientes varios Estados se sumaron a esta tendencia. Como consecuencia, y de manera similar a lo que aconteció en relación con la *Sicherungsverwahrung*, se generalizó la imposición consecutiva de un internamiento postcondena a sujetos considerados especialmente peligrosos¹⁰⁸⁴. Esta nueva restricción de derechos tendría formalmente una naturaleza no penal y, precisamente, lo discutible de que ello efectivamente así fuera dio lugar a un amplio debate doctrinal y una compleja polémica jurisprudencial. En alguna ocasión, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo que pronunciarse (en su faceta de máximo intérprete constitucional del país) acerca de si tales internamientos violentaban, o no, algunas de las garantías básicas constitucionalmente consagradas. Vemos, pues, un nuevo paralelismo con la historia del país germano.

¹⁰⁸¹ Lo que, como recuerda TOBER, T., *Sicherungsverwahrung*, p. 96, hace que se cuenten en Estados Unidos hasta cincuenta y dos ordenamientos penales independientes (el Derecho penal de cada uno de los cincuenta estados, el federal y el del Distrito de Columbia). Esto evidentemente complica enormemente las posibles conclusiones que se pretendan extraer con carácter general del Derecho penal estadounidense.

¹⁰⁸² Vid., para una aproximación contexto político-criminal mediático en el que estos cambios tuvieron lugar, TOBER, T., *Sicherungsverwahrung*, pp. 116 y ss.

¹⁰⁸³ Tiene toda la razón SÁNCHEZ VILANOVA, M., “Tendencias en el tratamiento de la delincuencia sexual: a propósito del modelo estadounidense”, en ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M. (Dirs.): *Peligrosidad Criminal y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 505, cuando señala que esta institución “constituye, sin ningún tipo de dudas, una de las manifestaciones más claras y graves del Derecho penal de la peligrosidad”.

¹⁰⁸⁴ La herramienta predilecta para esta estimación de riesgo es la STATIC—99, según LARSEN, M. F. y SCHOPP, R. F., “Sexual Predators Laws: Clarifying the Relationship Between Mental Health Laws and Due Process Protections”, *Nebraska Law Review*, vol. 97, 2019, p. 1184.

En todo caso, como debiera resultar obvio, el problema de qué hacer con los delincuentes sexuales peligrosos no se presenta por primera vez en los Estados Unidos a finales del siglo XX. De hecho, las primeras leyes norteamericanas que dispensaban un trato específico a aquellos a quienes se calificaba de “psicópatas sexuales” o con expresiones similares datan de los años treinta¹⁰⁸⁵. En aquellos momentos tuvo lugar la que más tarde se denominaría “primera ola” de las leyes de internamiento civil de delincuentes sexuales peligrosos¹⁰⁸⁶. Dicho esto, lo cierto es que existirá una diferencia sustancial entre esta primera ola y la segunda (la que emerge en los años noventa): en el primer caso el internamiento era sustitutivo de la pena de prisión (lo que, como hemos visto reiteradamente a lo largo de páginas anteriores, no quiere decir necesariamente preferible) y en el segundo acumulativo¹⁰⁸⁷.

Será en esta segunda ola en la que nos centremos aquí por varios motivos. El primero, y más importante, es que son estas las leyes que siguen vigentes en buena parte de los Estados Unidos (concretamente en una veintena de Estados y en el ordenamiento federal)¹⁰⁸⁸. En segundo lugar, a estas alturas del desarrollo del Derecho penal debería estar fuera de toda duda la completa inadmisibilidad de las leyes de la primera ola, que podían suponer un tratamiento médico coactivo no consentido a sujetos plenamente responsables. Finalmente, el debate político-criminal actual no se enmarca, precisamente por todo lo anterior, en la tendencia a sustituir la prisión por el internamiento, sino en la pretensión de acumular ambas posibilidades.

Como decíamos, en los años noventa del pasado siglo empezaron a surgir nuevas leyes que establecían internamientos civiles con pretensiones aparentemente terapéuticas frente a sujetos que habían cumplido ya la pena de prisión correspondiente a los delitos por los que hubieran sido condenados. De la misma manera en que aconteció en Alemania, el

¹⁰⁸⁵ *Ibíd.*, p. 1169.

¹⁰⁸⁶ *Vid.*, a este respecto, WOOLMAN, J. y ANDERSON, J. K., “Going against the Grain of the Status Quo: Hopeful Reforms to Sex Offender Civil Commitment in Minnesota — *Karsjens v. Jesson*”, *Mitchell Hamline Law Review*, vol. 42, 2016, p. 1374.

¹⁰⁸⁷ Así, *ibíd.*, p. 1375.

¹⁰⁸⁸ Los estados en cuestión (y la entrada en vigor de su actual normativa) son: Iowa (2002), Nebraska (2006), Arizona (2007), Kansas y Missouri (2008), North Dakota, South Carolina y Texas (2009), California, Florida, Illinois, Massachusetts, Minnesota, New Hampshire, New Jersey, New York, Pennsylvania, Virginia, Washington y Wisconsin (2010). A nivel federal la normativa aplicable desde 2006 es la 18 U.S. Code § 4248. *Civil commitment of a sexually dangerous person*.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos hubo de enfrentarse, particularmente en el caso *Kansas v. Hendricks*, a una serie de objeciones de constitucionalidad en relación con esta clase de leyes (y en particular con la *Sexually Violent Predator Act* de Kansas de 1994)¹⁰⁸⁹. De modo más concreto, se alegaba que estas leyes: 1) eran contrarias al derecho fundamental al debido proceso y al derecho a la libertad personal; 2) no podían ser aplicadas con carácter retroactivo dada su naturaleza penal (*ex post facto*); y 3) suponían una infracción del principio *non bis in idem* (*double jeopardy*).

Como se desprende con facilidad de esta situación, las semejanzas con los problemas suscitados en Alemania (y, en alguna medida, también en España) son palmarias. Las fricciones constitucionales son, al menos aparentemente, idénticas. Ahora bien, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos terminó dando su visto bueno a la ley de Kansas en la sentencia mencionada y esta resolución serviría de modelo para las legislaciones de otros estados federados y el sucesivo control de su constitucionalidad¹⁰⁹⁰.

En lo que se refiere a las dos últimas objeciones (irretroactividad y *non bis in idem*) no nos detendremos mucho ahora, pues la argumentación a estas alturas resultará necesariamente familiar. De manera condensada: el Tribunal Supremo norteamericano considera que ninguna de las dos objeciones apuntadas es admisible en atención a la naturaleza civil (y no penal) del internamiento¹⁰⁹¹. Así, se sostiene en la sentencia citada, aunque “la etiqueta civil no siempre es dispositiva” es preciso atender a la voluntad del legislador y a la finalidad que guía a la institución¹⁰⁹². La finalidad sería, en opinión del tribunal, eminentemente terapéutica (y no solo aseguradora) y el internamiento no tendría

¹⁰⁸⁹ La referencia completa de la sentencia es la siguiente: *Kansas v. Hendricks*; 521 U. S. 346 (1997).

¹⁰⁹⁰ Así, MILLER, J. A., “Sex Offender Civil Commitment: The Treatment Paradox”, *California Law Review*, vol. 98, 2010, p. 2100.

¹⁰⁹¹ En todo caso, se debe reseñar que la sentencia (firmada por nueve magistrados) cuenta con un voto particular (suscrito por cuatro de ellos). En el voto se señala que, entre otros motivos, la ausencia de un auténtico tratamiento indica el carácter sancionador del internamiento. Al fin y al cabo, se da a entender, si durante el internamiento no se trata al sujeto en cuestión, no existiría una diferencia sustancial entre este instituto y el castigo. En consecuencia, entienden los magistrados firmantes del voto particular que, frente al criterio de la mayoría, sí se produjo una indebida aplicación retroactiva del internamiento.

¹⁰⁹² *Kansas v. Hendricks*; 521 U. S. 346 (1997), pp. 361 y ss. Con independencia de esta cuestión, hay quien, como STEIKER, C. S., *The Journal of Criminal Law and Criminology*, pp. 791 y ss., considera que el Tribunal desaprovechó la oportunidad de establecer con precisión cuáles debían ser los límites del internamiento civil de individuos peligrosos que fueran, además, autores de delitos, con independencia de que se declarase su naturaleza “no punitiva”.

pretensión retributiva o intimidatoria alguna (entre otras cosas, razona el tribunal, porque estos sujetos incapaces de autocontrol no serían susceptibles de intimidación alguna). Por todo ello, sería razonable entender, prosigue la argumentación, que, efectivamente, la ley de internamiento civil de Kansas contaba con un carácter estrictamente civil.

En cuanto a la primera pretensión de inconstitucionalidad (que trasladada a conceptos continentales sería algo así como vulneración ilícita del derecho a la libertad por no respetarse el debido proceso) los planteamientos del tribunal vuelven a sonar conocidos. La peligrosidad por sí sola, se dice, no puede bastar para un internamiento involuntario. Es necesario que concurra también en el sujeto en cuestión una enfermedad mental (*mental illness*), una anormalidad mental (*mental abnormality*) o un trastorno de la personalidad (*personality disorder*) que “haga difícil (si no imposible) para la persona controlar su comportamiento”¹⁰⁹³. Emerge aquí de nuevo, con toda su crudeza, una cuestión que ya ha sido abordada con anterioridad. No cabe duda de que el sujeto que es incapaz de controlar su comportamiento y es, además, peligroso puede ver restringida su libertad en interés propio y ajeno¹⁰⁹⁴. La pregunta es si un sujeto, en tales condiciones, puede ser en algún caso penalmente castigado¹⁰⁹⁵. Parece claro, desde luego al menos en relación con los ordenamientos de corte continental, que a quien le resulta “difícil (si no imposible) controlar su comportamiento” no cabe efectuarle reproche (pleno) alguno¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹³ Muy crítica con la vaguedad de los conceptos empleados (que, por otra parte, la propia sentencia reconoce) se ha mostrado buena parte de la doctrina norteamericana. Vid., por ejemplo, FRIEDLAND, S. I., “On Treatment, Punishment, and the Civil Commitment of Sex Offenders”, *University of Colorado Law Review*, vol. 70, 1999, p. 115; o LARSEN, M. F. y SCHOPP, R. F., *Nebraska Law Review*, p. 1186.

¹⁰⁹⁴ La doctrina norteamericana habla en este sentido de la *parens patriae* y la *policy power* como fuentes de legitimación para esta clase de internamientos. La primera se basaría en el papel tutelar del Estado para con aquellos que no pueden cuidar de sí mismos y la segunda en la necesidad de protección social frente a sujetos peligrosos. Vid., al respecto, FALK, A. J., “Sex Offenders, Mental Illness and Criminal Responsibility: The Constitutional Boundaries of Civil Commitment after Kansas v. Hendricks”, *American Journal of Law and Medicine*, vol. 25, 1999, p. 124.

¹⁰⁹⁵ Quizás, y esto ha de quedar aquí apuntado como mera hipótesis (pues su constatación podría requerir un trabajo autónomo), esta situación genere menos fricciones en los países de tradición jurídica anglosajona que se han mostrado reacios a conceder gran relevancia a los déficits volitivos en la exclusión o minoración de la imputabilidad. Probablemente el origen de estos problemas pueda situarse en el test *M'Naghten* —fórmula empleada, en ocasiones, en estos ordenamientos para determinar la inimputabilidad por anomalías psíquicas— y en la poca atención que presta a esta clase de problemas.

¹⁰⁹⁶ Apuntan esta objeción LARSEN, M. F. y SCHOPP, R. F., *Nebraska Law Review*, p. 1176.

Lo paradójico es, sin embargo, que en atención a estas particularidades del sujeto no solo se le va a tratar, sino que además se le va a castigar de forma más severa.

Vemos, de nuevo, otro paralelismo con la *Sicherungsverwahrung*: cuando se pretendió aplicarla retroactivamente, para negar su naturaleza penal, se exigió que concurriera en el sujeto en cuestión este extraño *tertium* entre la plena responsabilidad y su ausencia. Sin embargo, este punto resulta extremadamente problemático. Lo que, en definitiva, se hace es privar de libertad a un sujeto responsable con el propósito (en el mejor de los casos, declarado) de tratarlo. ¿Pero qué tratamiento coactivo cabe legítimamente realizar frente al sujeto responsable? Pareciera que estamos retrocediendo de forma velada unas cuantas décadas; lo que no deja de resultar paradójico en la medida en que tanto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parecen exigir la existencia de esta anomalía no exculpante como una garantía adicional.

Sobre el alcance de este requisito profundizó el Tribunal Supremo norteamericano en la sentencia *Kansas v. Crane*¹⁰⁹⁷. En ella, sostuvo dicho tribunal que la anomalía mental exigida para justificar el ulterior internamiento civil involuntario no requería una total o completa pérdida de control, sino simplemente una seria dificultad (*serious difficulty*) para acceder a este¹⁰⁹⁸. La existencia de una perturbación de esta clase debería servir, en opinión del tribunal, para distinguir entre los sujetos que cometen delitos sexuales como consecuencia de tal trastorno y los supuestos de reincidencia criminal ordinaria¹⁰⁹⁹. De este modo se pretendía apuntalar y aclarar el complejo concepto y se dejaba sentada una doctrina jurisprudencial todavía aplicable que ha inspirado las regulaciones de muchos Estados federados.

Las críticas doctrinales a esta situación han procedido de diversos lugares. Así, hay quien considera que estas privaciones suponen frente a la prisión ordinaria un coste que el contribuyente no debería asumir¹¹⁰⁰. Hay quien va más allá y sugiere una suerte de trato

¹⁰⁹⁷ La referencia completa de la sentencia es la siguiente: *Kansas v. Crane*; 534 U. S. 407 (2002).

¹⁰⁹⁸ *Kansas v. Crane*; 534 U. S. 407 (2002), pp. 411 y ss.

¹⁰⁹⁹ *Kansas v. Crane*; 534 U. S. 407 (2002), p. 413.

¹¹⁰⁰ Resalta la relevancia y repercusión que esta clase de críticas han tenido en el entorno norteamericano TOBER, T., *Sicherungsverwahrung*, p. 152. Así lo hace también, por ejemplo, FRIEDLAND, S., *University of Colorado Law Review*, p. 130, que destaca cómo el internamiento civil tendría un coste muy superior al que acompañaría al simple internamiento penitenciario.

de favor a los “criminales”, pues (desde una perspectiva económica orientada al coste de oportunidad) se estarían destinando unos recursos limitados (plazas en unidades psiquiátricas) a “enfermos mentales criminales” con prioridad frente a los “enfermos mentales inocentes”¹¹⁰¹. Estas críticas no son, pese a todo, las más importantes. Más correcta (o más determinante) es, en nuestra opinión, la objeción de “inconsistencia normativa” que parte de la doctrina ha señalado y a la que ya hemos hecho referencia: *tratar simultáneamente a un mismo sujeto como capaz de contenerse (para efectuar un reproche e imponer una pena) y como incapaz de hacerlo (para prolongar la privación de libertad con un pretendido tratamiento)*¹¹⁰². Parece claro que las opciones son limitadas: o el sujeto es imputable y, en consecuencia, controla sus actos; o es inimputable, pero, entonces, no puede ser castigado (o se encuentra, quizás, en algún punto medio que dé lugar a un tratamiento jurídico híbrido). Lo que no parece plausible es pensar que se

¹¹⁰¹ Así, FRIEDLAND, S., *University of Colorado Law Review*, p. 132, para quien “la prisión es más barata y no malgasta los valiosos recursos de tratamiento psicológico de los hospitales estatales”. Destinar unos recursos concretos a los autores de los delitos que no podrían ser empleados luego para aquellos que no delinquen sería, en terminología económica, un “coste de oportunidad”. Pese a lo repudiable que esta idea, de entrada, pudiera parecer, resulta en extremo sugerente el planteamiento de ISAAC, R. J., “Put Sex Predators Behind Bars, Not on the Couch”, *Wall Street Journal, Eastern edition*, 8 de mayo de 1998. Dicha autora señala que en un contexto como el de California, de escasos recursos públicos para el internamiento y tratamiento que esta clase de sujetos puede requerir, la derivación al ámbito clínico de sujetos responsables de delitos que padecen una “anomalía mental” sin base científica alguna supone expulsar del sistema de salud a sujetos verdaderamente enfermos. De este modo se produciría un paradójico trasvase de las prisiones a los hospitales y de los hospitales a las prisiones, pues los pacientes con problemas mentales no tratados podrían llegar a delinquir sin alcanzar, irónicamente, el estándar exigido en la legislación aplicable para ser exento de responsabilidad y recibir tratamiento médico. Al final, sugiere la autora citada, los hospitales se verían ocupados por sujetos responsables sin necesidad de tratamiento y las cárceles por sujetos no tan responsables necesitados de asistencia clínica.

¹¹⁰² Apuntan LARSEN, M. F. y SCHOPP, R. F., *Nebraska Law Review*, p. 1187, que, dado que esta clase de internamientos exige una anormalidad mental, se podría argumentar que mitigan a su vez la expresión de reproche moral que debería acompañar a la pena; dicho de otro modo: que hacen al sujeto en cuestión aparecer como alguien menos culpable. De hecho, los autores sostienen más adelante (p. 1194) que, aunque ambas vías de intervención (penal y civil) son en abstracto posibles, resulta insostenible aplicarlas consecutivamente porque los presupuestos del internamiento civil incluyen no reunir los requisitos del castigo penal. Con precisión señalan que “la línea entre el internamiento civil y la justicia penal debería ser fácilmente distinguible. Aquellos que son culpables deberían ser juzgados en procesos penales y el internamiento civil debería reservarse para aquellos individuos cuyos trastornos mentales excluyen su culpabilidad. Bajo este poder público, un estado debería ser capaz de usar el internamiento civil o el sistema penal, pero no ambos” (p. 1195). En idéntico sentido, FALK, A. J., *American Journal of Law and Medicine*, pp. 119 y ss. y MORSE, S. J., *Psychology, Public Policy, and Law*, pp. 258 y ss. Este último autor señala, además, de manera muy precisa, al hilo del caso *Hendricks*, que el Tribunal Supremo estadounidense estaría intentando quedarse con el beneficio de la culpabilidad sin asumir el coste del peligro que esta en principio conlleva (p. 266). Lo han visto con gran claridad en España SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delinquentes imputables peligrosos*, pp. 116 y ss.; y SÁNCHEZ VILANOVA, M., “Tendencias en el tratamiento de la delincuencia sexual”, p. 505.

encuentra en ambos extremos a la vez y que ello legitima intervenir de modo pleno de dos formas diferentes, obviando la clara realidad de que no se está interviniendo de un único modo¹¹⁰³. Debe rechazarse, en consecuencia, una política legislativa que parezca ampararse en aquella expresión de que “que no sepa tu mano izquierda lo que hace la derecha”.

3. Problemas comunes

Como conclusión a todo lo apuntado en este epígrafe conviene llevar a cabo una breve recapitulación y síntesis que ponga de relieve los problemas que han supuesto la custodia de seguridad en Alemania y el internamiento civil para delincuentes peligrosos en Estados Unidos. El origen de ambas reacciones político-criminales es idéntico y su materialización muy parecida. Tanto una como otra han supuesto una privación de libertad posterior al cumplimiento de la pena orientada formalmente a la prevención especial positiva y materialmente a la prevención especial negativa. Esto les ha deparado a ambas instituciones dificultades muy similares.

Por un lado, se discute acerca de la naturaleza civil/administrativa o penal de estos internamientos. En los dos casos se ha sostenido expresamente que las garantías constitucionales no pueden quedar sometidas a la etiqueta que el legislador les conceda y que es necesario descender al plano de los propósitos, fines y ejecución para concretar tal naturaleza. Comprobamos de este modo que la discusión no se centra, entonces, en una cuestión de denominación del instituto jurídico, sino en un debate acerca de las garantías que deben estar presentes cuando hablamos de esta clase de privaciones de derechos.

Por otro lado, aunque estrechamente relacionado con lo anterior, se ha hecho especial hincapié en la necesidad de que estas medidas postpenitenciarias ofrezcan un “tratamiento” para los factores que en estos sujetos condicionan la comisión de delitos. En ambos casos (bien sea para dar cabida a una aplicación retroactiva de la medida, bien

¹¹⁰³ En algún sentido, de otra opinión es OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, pp. 25 y 142, que ha abogado de forma sugerente en los últimos tiempos por la necesidad de reconocer jurídicamente una “cuarta categoría” o un “*quartum genus*” que permita dar buena cuenta en nuestro ordenamiento de los avances empíricos en lo que al estudio del comportamiento humano se refiere. No obstante, por los motivos expuestos a lo largo de todo este Capítulo y los apuntados previamente (vid. supra, Capítulo IV, epígrafe V), no consideramos adecuado tal planteamiento.

para considerar justificada la intervención) se ha exigido la existencia de un trastorno que dificulte que el sujeto ajuste su comportamiento al ordenamiento penal.

Una visión superficial y sesgada podría hacer pensar que, en este punto, las garantías norteamericanas son mayores, pues el Tribunal Supremo de los Estados Unidos insiste una y otra vez en que un internamiento civil basado exclusivamente en la peligrosidad sería en todo punto contrario a su Constitución (insistencia que, desde luego, no se encuentra presente en los tribunales alemanes, que solo exigen “algo más” para permitir su aplicación retroactiva). Sin embargo, no hemos de pasar por alto que la afirmación del tribunal norteamericano es falaz. Y ello, por la sencilla razón de que por supuesto que se admiten privaciones de libertad en atención exclusiva a la peligrosidad (como, por cierto, se hace también en España) al conceder una enorme relevancia a esta en la determinación de la pena y, en alguna medida, al establecer normas especiales que agravan el tratamiento punitivo a sujetos reincidentes. Alemania, por el contrario, pretende desprenderse de esta clase de consideraciones en la determinación de la pena y posterga la toma en consideración de la peligrosidad a otro momento¹¹⁰⁴.

La cuestión de cuál de los dos modelos es preferible (en definitiva, monismo o dualismo) ha sido sobradamente abordada y no requiere mayor desarrollo aquí¹¹⁰⁵. Baste con apuntar ahora que como máxima ventaja del sistema dualista se arguye que sirve para contener la duración y dureza de las penas¹¹⁰⁶. Su desventaja principal, sin embargo, seguramente resida en pretender restringir importantes derechos (vía medidas de seguridad) con un

¹¹⁰⁴ Algo que tampoco es del todo cierto, como demuestra con especial fuerza la existencia de la prisión permanente revisable en el ordenamiento alemán y el papel que juega coherentemente la peligrosidad del sujeto de cara a decretar el cese de esta.

¹¹⁰⁵ Una apretada, pero ilustrativa, síntesis sobre estos debates se puede encontrar, en todo caso, en JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 163 y ss.; SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, pp. 31 y ss.; y SANZ MORÁN, A. J., “La peligrosidad criminal”, pp. 65 y ss.

¹¹⁰⁶ FRISCH, W., “Sicherungsverwahrung”, p. 973 y FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada”, p. 237, consideran que la implementación de sistemas dualistas debe conducir a rebajar el rigor punitivo del sistema, por lo que resulta preferible este modelo. De forma algo más tímida lo apunta también MARAVER GÓMEZ, M., “Algunas reflexiones sobre el sistema dualista”, pp. 1465 y ss. Así, cabe recordar que ya en su día señaló MEZGER, E., *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, pp. 298 y ss., que el sistema de doble vía en el Derecho penal alemán merece una valoración positiva en sus puntos de partida porque evita, en opinión del autor, que se quebrante el carácter ético de la pena haciéndole soportar tareas para las que no está preparada. De manera parecida sostuvieron también MAURACH, R. y ZIPF, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 92, que la segunda vía que las medidas suponen es el precio a pagar por un Derecho penal eficaz en el que las penas se vean sometidas a la proporcionalidad con respecto a la idea de culpabilidad.

procedimiento menos garantista¹¹⁰⁷. El sistema monista, por su parte y de forma inversa, facilita el incremento de garantías en la restricción de derechos, pero conduce a una inflación punitiva que tiene como resultado, en definitiva, que sujetos no peligrosos se vean perjudicados por penas pensadas para sujetos peligrosos¹¹⁰⁸.

Como apuntábamos al comienzo del epígrafe, el propósito de la comparación entre ambas instituciones tenía como finalidad primordial poner de relieve algunos problemas comunes. Estos, además, son fácilmente extrapolables a algunas cuestiones presentes en nuestro ordenamiento: libertad vigilada, prisión permanente revisable, (proyectada) custodia de seguridad, etc. Y sirve, también, para ejemplificar algunas de las cuestiones que han sido abordadas en otro momento del trabajo: en particular, la inescindible relación entre el concepto de pena (o medida) y las garantías que han de acompañarlas¹¹⁰⁹.

V. La libertad vigilada en España

Volviendo la mirada al ordenamiento jurídico español, lo cierto es que no encontramos, en principio, ninguna medida equiparable a la *Sicherungsverwahrung* o al *civil commitment* para imputables peligrosos. Es cierto, no obstante, que como se apuntó en su momento, la naturaleza híbrida de la prisión permanente revisable (incluida en nuestro ordenamiento en el año 2015) podría dar lugar a alguna vacilación a este respecto¹¹¹⁰. Si bien no cabe duda de su naturaleza estrictamente penal hasta que se alcanza el período mínimo de cumplimiento, a partir de este momento, en el que la extensión de la “prisión”

¹¹⁰⁷ En este punto resultan esclarecedoras las palabras de GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada”, p. 610, cuando sostiene que las corrientes monistas que abogan por la erradicación o, al menos, reducción al mínimo posible no se deben a “una pretensión de pureza del sistema, sino a la sospecha (convicción, sería mejor decir) de que las medidas de seguridad nacen y se desarrollan al margen de las garantías del Derecho penal”. Vid. también, para una crítica similar del modelo dualista, MUÑOZ CONDE, F., *Estudios Penales y Criminológicos*, pp. 224 y ss. La crítica de este último, creemos, ha perdido no obstante vigencia, pues las más recientes propuestas de los partidarios del llamado “dualismo flexible” escaparían con facilidad de tales objeciones. De hecho, se debe hacer notar que, pese a las aceradas críticas que el autor citado esgrimía frente a la posibilidad de acumulación de penas y medidas, acababa este por aceptarla en casos “de gran peligrosidad comprobada”; excediendo su acumulación, incluso, el límite al que debían someterse las penas. De este modo, se trataba de un planteamiento más radical en lo expresivo que en lo sustantivo (más extremo en la forma que en el fondo) y podría ser clasificado su autor, en justicia, como perteneciente a una corriente dualista moderada y no, como en ocasiones se sugiere, de monista radical.

¹¹⁰⁸ A todo ello habría que sumar que probablemente tenga razón FRISCH, W., *InDret*, 2007, cuando señala que “las principales objeciones esgrimidas contra el concepto de medida en verdad no se refieren sólo a él, sino también a toda pena adecuada a una finalidad preventivo-especial” (p. 11).

¹¹⁰⁹ Vid. supra, epígrafe II de este mismo Capítulo.

¹¹¹⁰ Vid. supra, nota 191 y texto al que acompaña.

depende del pronóstico de peligrosidad que del preso se haga, su naturaleza se aproxima en extremo a la de una medida de seguridad. Es difícil, en consecuencia, señalar cuáles son las diferencias entre la prisión permanente revisable y una pena de prisión cuya extensión coincida con el período mínimo de cumplimiento y a la que siga una custodia de seguridad sin límite temporal absoluto. Ello sucede especialmente si hacemos abstracción del “mandato de la distancia” que el Tribunal Constitucional alemán impuso para poder aplicar verdaderamente la *Sicherungsverwahrung* como una medida de seguridad (separándola, en algún grado, en el plano material de la pena de prisión). De igual modo, si partimos, como no puede ser de otra manera, de que la reinserción social debe (al menos parcialmente) orientar la ejecución de las penas y de que es necesario suministrar al recluso los medios que le permitan prever su ulterior liberación como algo no absolutamente irreal, las diferencias entre ambas vuelven a difuminarse¹¹¹¹.

Fue en el año 2010 cuando el legislador español incluyó por primera vez (desde la entrada en vigor del actual Código penal) una medida de seguridad que pudiera ser impuesta al sujeto que, una vez cumplida su pena de prisión, quedase en libertad, pero fuera todavía peligroso (siempre que se dieran una serie de requisitos)¹¹¹². La medida de seguridad en cuestión fue la libertad vigilada que, inspirada en otras reacciones penales de los ordenamientos jurídicos anglosajones y alemán, fue muy bien recibida por buena parte de la doctrina, que veía en ella, por fin, el ansiado reconocimiento de una doble vía o, al

¹¹¹¹ Tampoco alcanzamos a ver, precisamente por ello, qué es lo que hace sustancialmente mejor a una institución u otra. La proximidad material es prácticamente absoluta y, en lo que se refiere al menos a sujetos que no tengan nada parecido a una anomalía psíquica, las garantías que han de acompañar a una u otra son prácticamente idénticas. Quizás se podría acudir a algún argumento de naturaleza formal que pusiera el acento en el “reproche” que la prisión permanente revisable, en cuanto pena, conlleva; algo que, dirían algunos, no sucede con la custodia de seguridad. Sin embargo, el argumento no nos resulta convincente en la medida en que la semejanza material entre una y otra, los presupuestos de su adopción, los requisitos de su cese y otros extremos de sus respectivas regulaciones resultan tan similares que hacen difícil vincular distintas manifestaciones expresivas a una y otra respuesta jurídica.

¹¹¹² Hasta entonces se señalaba acertadamente, lo hacía así, por ejemplo, SANZ MORÁN, A. J., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, p. 1088, que “[e]n España, como es notorio, el tratamiento del delincuente habitual peligroso se lleva a cabo exclusivamente mediante mecanismos que inciden en la determinación de la pena o en su ejecución”. Tras esta reforma la situación se ve importantemente modificada. En todo caso, conviene tener presente que la medida puede ser aplicada también a sujetos inimputables y semiimputables en determinados supuestos. Todo ello con independencia de que, como apunta el propio SANZ MORÁN, A. J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, *Libertas*, n.º 0, 2012, p. 206, con anterioridad a la reforma de 2010 permitía ya nuestro Código penal la acumulación de penas y lo que materialmente son medidas de seguridad a sujetos plenamente responsables, por ejemplo, al prever la imposición de (formalmente) “penas” de prohibiciones de aproximación a la víctima o comunicación con ella junto a la pena principal.

menos, un primer paso en esa dirección¹¹¹³. Sin embargo, como era previsible, la nueva institución no fue bien acogida por toda la doctrina, que albergaba serias dudas acerca de su necesidad y de su verdadera naturaleza jurídica¹¹¹⁴. Lo que parece claro, en todo caso, es que la incorporación de esta nueva institución a nuestro ordenamiento supone “un nuevo paradigma” en el sistema español de sanciones¹¹¹⁵.

Aún tras su reforma en el año 2015, que supuso una significativa ampliación de su alcance, la libertad vigilada se contempla solo en relación con algunos delitos y su

¹¹¹³ Así, SANZ MORÁN, A. J., “La reforma de las medidas de seguridad”, *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 10, 2014, p. 112, considera que la introducción de esta medida supone “una primera quiebra en el modelo ‘neo-monista’ que inspira nuestro Código penal”. También ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 211, la considera una “importante (y positiva) novedad”. En un sentido próximo, OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, pp. 144 y ss., la valora también como una “medida necesaria” y positiva, en cuanto que reduce la urgencia de acudir a medios de control más gravosos como podría ser la custodia de seguridad. De modo parecido, BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, pp. 295 y ss., defendía ya en el marco de los trabajos legislativos previos a la inclusión de la medida que esta podría ser un “instrumento adecuado” para satisfacer funciones preventivo-especiales y controlar la peligrosidad, evitando, además, “otras opciones legislativas más agresivas”. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, n.º 7564, 2010, p. 7, aunque considera la aparición de la libertad vigilada en nuestro ordenamiento un avance, defiende que la apuesta por esta clase de medida de seguridad y no por una que, para los casos más graves, implique un internamiento, supone “una opción innecesariamente arriesgada”. En un sentido parecido, ha defendido FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada”, p. 236, que “[l]os problemas de legitimidad de la reforma no están vinculados tanto a la introducción de la libertad vigilada como medida de seguridad postpenitenciaria, como al hecho de que la LO 5/2010 no haya acometido una reforma de mayor calado”.

¹¹¹⁴ Vid., entre otros muchos, MARTÍNEZ GARAY, L., “La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 22, 2014, pp. 13 y ss.; o BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “El peligroso retorno al Derecho penal de la peligrosidad”, pp. 945 y ss.

¹¹¹⁵ MARTÍNEZ GARAY, L. y CORRECHER MIRA, J., “Legal Constraints on the Indeterminate Control of ‘Dangerous’ Sex Offenders in the Community: The Spanish Perspective”, *Erasmus Law Review*, n.º 2, 2016, p. 110. En sentido próximo habla BONSIGNORE FOUQUET, D., *Revista de Derecho penal y Criminología*, p. 17, de un “(modesto) cambio de paradigma”. Aunque señala luego que el modelo de doble vía por el que se apuesta por parte del legislador con la introducción de la libertad vigilada es “cuando menos comedido, tímido incluso” y que la mayor innovación derivada de la aparición dicha medida de seguridad reside en el “valor simbólico de traspasar una frontera hasta el momento infranqueable” (p. 18). En una línea similar a esta última afirmación se ha pronunciado también BARBER BURUSCO, S., “Libertad vigilada para imputables y cumplimiento de la pena de prisión”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, p. 1309, que considera que la aparición de la libertad vigilada en nuestro ordenamiento resulta “más importante por la puerta que abre para la incorporación de posteriores medidas para los considerados imputables peligrosos, que por estas concretas incorporaciones”. Incidiendo en esta idea y con marcado tono crítico, vid. también MARAVER GÓMEZ, M., “Algunas reflexiones sobre el sistema dualista”, p. 1475.

imposición resulta ahora en ocasiones potestativa y otras veces preceptiva¹¹¹⁶. El hecho de que se disponga la obligatoriedad de su imposición en determinados casos ha sido también, con buenos motivos, criticado por la doctrina, pues si el presupuesto de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto y esta ha de ser pronosticada tras un análisis del individuo concreto, se está consagrando una indebida presunción *iuris et de iure* de dicha peligrosidad¹¹¹⁷. Conviene, pese a todo, matizar el peso de esta relevante objeción en la medida en que lo que resulta imperativo es la imposición de la libertad vigilada, no su efectiva ejecución. Dicho de otro modo, antes de que esta llegue a ejecutarse podrá declararse improcedente, *ex art. 106.3.c CP*, cuando sea innecesaria o contraproducente para los fines perseguidos¹¹¹⁸.

Tan relevante puede llegar a ser esta matización que FEJOO SÁNCHEZ considera que, en verdad, no se puede hablar de tal presunción *iuris et de iure*. En su opinión, el hecho de su (preceptiva) imposición en sentencia no sería más que “un presupuesto para permitir un posterior juicio de peligrosidad en el momento en el que se esté acabando de cumplir la pena de prisión”¹¹¹⁹. Se trataría únicamente de una “formalidad” pensada para despejar las dudas acerca del carácter postdelictivo de la medida¹¹²⁰.

Las decisiones acerca del mantenimiento, cese, suspensión o modificación de la medida son evaluadas “al menos anualmente” (art. 98.1 CP) y su extensión máxima es de diez años (art. 105.2 CP). Su imposición se decreta en el momento de la condena, algo que también ha sido cuestionado por la doctrina en la medida en que supone anticipar en exceso el pronóstico de peligrosidad¹¹²¹. Por otro lado, sin embargo, se ha de reconocer

¹¹¹⁶ Con independencia de ello, señala BARBER BURUSCO, S., “Libertad vigilada”, p. 1318, en relación con los supuestos en los que la imposición de la medida resulta potestativa, que “efectuado un recorrido por las sentencias en las que esta medida se impone, se advierte en términos generales la falta de fundamentación y un claro automatismo en su imposición”.

¹¹¹⁷ Entre otros, apuntan en esta dirección TAPIA BALLESTEROS, P., *Revista Jurídica de Castilla y León*, pp. 11 y ss.; SANZ MORÁN, A. J., *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 114; OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, p. 81; y BARBER BURUSCO, S., “Libertad vigilada”, p. 1315.

¹¹¹⁸ Así lo señalan, entre otros, MARTÍNEZ GARAY, L. y CORRECHER MIRA, J., *Erasmus Law Review*, p. 113; OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, p. 82 y BONSIGNORE FOUQUET, D., *Revista de Derecho penal y Criminología*, p. 22.

¹¹¹⁹ FEJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada”, p. 220.

¹¹²⁰ *Ibíd.*, p. 220.

¹¹²¹ Esta crítica fue desarrollada con especial intensidad por HUERTA TOCILDO, S., “Una extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., (Coords.): *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 121 y 128. Para esta autora, el desfase entre el momento en el que la peligrosidad ha de concurrir para fundamentar la

que la imposición en dicho momento presenta también algunas ventajas fundamentalmente asociadas a la seguridad jurídica y al régimen de recursos disponibles¹¹²².

El contenido de la medida de seguridad (y es aquí donde empiezan ya los problemas de su correcta catalogación jurídica) es verdaderamente heterogéneo y coincide prácticamente en su totalidad con distintas penas contempladas en el art. 33 CP¹¹²³. Por

medida (el de su ejecución) y el momento en el que esta es valorada por primera vez (el de su imposición en sentencia) haría a la regulación legal objetable. Sería este uno de los mayores problemas de la regulación entonces vigente (que en nada ha cambiado hasta el momento en lo que a este punto respecta). Un razonamiento similar desarrollaba, con relación a la custodia de seguridad alemana, FREUND, G., “Peligros y peligrosidades en el derecho penal”, pp. 40 y ss. Este último autor condensaba ilustrativamente sus razonamientos al sostener que “[l]ejos de desperdiciar innecesariamente recursos judiciales apoyándose en *dos* decisiones —primeramente, una, precipitada y superflua, y posteriormente otra, parcial [por cuanto condicionada por la decisión previa]—, lo mejor sería adoptar *una única decisión* acorde con los principios del Estado de derecho en el momento preciso en que convenga, esto es, al final de la pena privativa de libertad”.

¹¹²² Al margen de que el sujeto ya sabrá desde el momento de la condena a qué clases de privación de libertad se encuentra expuesto y durante cuánto tiempo, la imposición en la propia sentencia condenatoria solamente incrementa las posibilidades de recurso del condenado. De este modo, más allá de las vías de impugnación que tendrá el sujeto justo antes y durante la ejecución de la medida, podrá atacar su imposición y extensión mediante los recursos ordinarios de apelación y casación. Precisamente por ello resulta tan inquietante la posición adoptada por el Tribunal Supremo español en su STS 378/2019, de 23 de julio. En ella, al hilo de la discusión acerca del momento en que una medida de seguridad de tratamiento médico ha de ser impuesta, el Tribunal sostiene que “si el Tribunal no dispone de elementos de juicio suficientes para determinar qué medida de seguridad es procedente puede deferir la cuestión a la fase de ejecución, mediante el correspondiente trámite contradictorio, con intervención de las partes y recabando los informes que se estimen procedentes. Lo que en todo caso debe determinarse en la sentencia, y en este caso así se ha hecho, es establecer el límite máximo de cumplimiento”. Ello pese a que del Código penal parece desprenderse con claridad (tal y como, por cierto, indica la propia resolución) que el momento y lugar para hacerlo es el de la sentencia. Sin embargo, razona el Tribunal, la posibilidad de imponerla en otro momento se encuentra abierta porque los preceptos que conducen a tal conclusión carecen de carácter imperativo. A este contexto aplicativo (con independencia de su corrección o incorrección) parece difícil trasladar, entonces, la idea defendida por FRISCH, W., “Reincidentes peligrosos”, p. 1385, de que el tratamiento jurídico de la peligrosidad es más sencillamente fiscalizable por instancias judiciales superiores cuando adopta la forma de medida de seguridad y no la de pena.

¹¹²³ Así lo apuntan MARAVER GÓMEZ, M., *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 303 y ss. y MARTÍNEZ GARAY, L., *Revista General de Derecho Penal*, p. 10. En igual sentido, HUERTA TOCILDO, S., “Una extraña consecuencia del delito”, pp. 122 y ss., que recalca acertadamente, además, que, en todo caso, la obligación de someterse a tratamiento o seguimiento médico (expresamente prevista como una de las posibles modalidades que puede adoptar la libertad vigilada y uno de los pocos puntos en los que no existe la coincidencia señalada) no podría ser impuesta a sujetos plenamente responsables, pues ello contravendría lo dispuesto en la Ley reguladora de la autonomía del paciente. Por este motivo, habría sido deseable que el legislador hubiera ubicado este concreto contenido de la libertad vigilada en otro lugar más adecuado, como sostiene SANZ MORÁN, A. J., *Libertas*, p. 211. Conviene recordar, pese a todo, (y tal y como hacen FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada”, p. 223 y OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, p. 101) que el legislador no es insensible a este hecho y que, por ello mismo, descarta en el art. 100.3 CP la posibilidad de que la negativa al tratamiento médico pueda ser considerada un quebrantamiento de la medida. En todo caso, en lo relativo a la coincidencia material que se señalaba al comienzo de la nota, tampoco resulta

otro lado, no es difícil apreciar que, como sucede en otros ordenamientos próximos, la medida en cuestión busca satisfacer tanto fines terapéuticos como estrictamente inocuidadores/asegurativos (sin descartar tampoco finalidades de carácter preventivo-general)¹¹²⁴. Su concreta materialización, que como apuntábamos puede ser modificada durante toda la ejecución de la misma, se reserva (*ex art. 106.2 CP*) al juez sentenciador, que, mediando propuesta del juez de vigilancia penitenciaria, precisará su contenido poco antes de la finalización del cumplimiento de la pena.

La semejanza material existente entre la medida de seguridad de libertad vigilada y las distintas penas contempladas en el Código penal ha sido, como decíamos, una de las críticas más frecuentes a las que se ha tenido que enfrentar esta regulación. Se ha cuestionado, así, que la libertad vigilada en verdad merezca la calificación de “medida de seguridad” y no la de “pena”¹¹²⁵. Dudas que, por otra parte, ya puso de manifiesto el propio legislador cuando en algún momento de la tramitación parlamentaria le confirió el estatus de pena¹¹²⁶.

especialmente novedoso tal “solapamiento” entre los contenidos de penas y medidas en nuestro ordenamiento y este fenómeno no aparece con la introducción de la libertad vigilada. Antes de ella, ya alertaba con carácter más general SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, pp. 233 y ss., de la “amplia coincidencia” existente en nuestros catálogos de penas y medidas, coincidencia que constituye “una muestra, muy significativa, de la confusión entre penas y medidas que aqueja al Código penal español vigente”. Así también TRAPERO BARREALES, M., “9 + 1 respuestas frente al delincuente imputable peligroso ... y en el punto de mira siempre dos tipologías: el delincuente sexual y el terrorista”, en LUZÓN PEÑA, D. M. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dirs.): *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario*, Reus, Madrid, p. 304; y GARCÍA ARÁN, M., “¿Penas o medidas?”, p. 398.

¹¹²⁴ Vid., en este sentido, sobre la primera de las cuestiones apuntadas, MEIER, B. D., *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 255.

¹¹²⁵ Así lo ha puesto de relieve, entre otros muchos, una partidaria de la institución como OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, p. 40, cuando señala que “la libertad vigilada, tal y como se deduce de su regulación, es una figura de naturaleza híbrida pues en el fondo se trata de enmascarar, bajo el amplio paraguas de ‘medida de seguridad’, lo que no es sino una pena accesoria de control en la mayoría de las obligaciones que la componen, de ejecución posterior a la pena privativa de libertad aplicada a personas tradicionalmente calificadas como imputables y, por tanto, alejada de los postulados de las demás medidas de seguridad”. MAPELLI CAFFARENA, B., “Nuevas tendencias penológicas”, p. 438, por su parte, considera rotundamente que cuando hablamos de la libertad vigilada nos encontramos ante “auténticas penas”.

¹¹²⁶ Sobre la naturaleza jurídica, se ha visto en el errático *iter* legislativo por el que la medida fue introducida (a veces como pena accesoria, otras veces como medida) un importante argumento para abonar las dudas. En este sentido, HUERTA TOCILDO, S., “Una extraña consecuencia del delito”, p. 117; MARTÍNEZ GARAY, L., *Revista General de Derecho Penal*, pp. 6 y ss.; y OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada*, pp. 51 y ss., quien señala gráficamente que debido a la “cambiante naturaleza jurídica conferida a la libertad vigilada en las sucesivas versiones legislativas, esta *figura* se parece a ese jarrón chino regalado que no sabemos muy bien dónde ubicar lo que indica, antes de cualquier otra consideración, la falta de reflexión sobre esta institución”. Desde una perspectiva más atenta al devenir

En todo caso, y como ya se ha señalado en páginas anteriores, la atribución de una u otra denominación no es en absoluto neutral y lleva aparejada una serie de consecuencias de profundo calado. Así, prescindiendo ahora de los problemas vinculados con la prohibición de incurrir en *bis in idem*, la calificación de una institución como medida de seguridad tiene una serie de efectos colaterales (en el caso español más procesales que materiales, pero en todo caso sumamente importantes). Así, por ejemplo, se sustrae a su imposición de las garantías vinculadas con el principio acusatorio (una de las manifestaciones esenciales del derecho de defensa), se rebaja el estándar probatorio al que la acreditación de los presupuestos de la institución ha de llegar (pues en absoluto está claro dónde se debe fijar este umbral a efectos de la constatación de la peligrosidad criminal) y se flexibiliza la ejecución de la libertad vigilada hasta el punto de que resulta absolutamente imposible prever cuál va a ser la forma y contenido que finalmente adopte entre la amplia diversidad de sus variantes.

Más allá de estos problemas, la propia configuración de la libertad vigilada y su aplicación a determinados supuestos resulta problemática. Así, si uno de los presupuestos de la medida en cuestión es la existencia de peligrosidad criminal en el sujeto, no se explica muy bien, como indica con claridad SALAT PAISAL, cómo ha de jugar la misma con la concesión del tercer grado o la libertad condicional¹¹²⁷. Y más difícil todavía resulta comprender exactamente cómo se combinan, en la forma en la que lo ha pretendido el legislador, la prisión permanente revisable y la libertad vigilada cuando ambas tienen, en principio, un mismo presupuesto; de manera que la concurrencia de las condiciones para proceder a la suspensión de la prisión permanente revisable parece que debería implicar la ausencia de los requisitos de ejecución de la libertad vigilada¹¹²⁸.

histórico y no en concreto a los particulares hitos legislativos de las últimas décadas, vid., para esta misma idea, ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, p. 50.

¹¹²⁷ Vid., para consideraciones a este respecto, SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos*, pp. 349 y ss. Seguramente parte del problema resida en que, como ha señalado ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, p. 214, existe una importantísima semejanza material entre la libertad condicional y la libertad vigilada: “¿qué es la libertad condicional, si no una libertad vigilada, de forma que si el condenado comete el delito, vuelve al interior de la prisión para terminar de cumplir con la condena impuesta en sentencia?”.

¹¹²⁸ Sin embargo, precisamente la existencia de una “libertad vigilada posterior a la prisión permanente revisable” puede ser un buen argumento para atemperar las exigencias de falta de peligrosidad existentes a la hora de abordar la decisión sobre si proceder, o no, a la suspensión de la prisión permanente revisable. Dicho llanamente, si existe otro remedio disponible para conjurar la peligrosidad del autor, es posible que los aplicadores del Derecho sean más reacios a prolongar indefinidamente la prisión permanente revisable. El mantenimiento de la prisión permanente revisable

En definitiva, el problema que aquí se presenta no es, ciertamente, tan grave como el que existe en Alemania o Estados Unidos con sus respectivas medidas de seguridad postpenitenciarias. Sin embargo, la dificultad es estructuralmente la misma y la doctrina se debería empeñar con ahínco en poner de manifiesto todas estas complicaciones e inconsistencias antes de que, ante un panorama que termine por ser asumido como “normal” o como el “mal menor”, el legislador profundice por esta vía situándonos ante problemas jurídico-constitucionales de extraordinaria magnitud. La libertad vigilada (más bien, sus contenidos) comprende diversas formas de inocuización y de resocialización y constituye un extraordinario ejemplo de cómo, en ocasiones, damos cabida bajo una misma etiqueta a instituciones verdaderamente diversas (difícilmente se podrán considerar similares medidas como la prohibición de aproximarse a la víctima, la de desempeñar determinadas actividades o la obligación de someterse a programas formativos o culturales). El problema con esta institución no es el de sus contenidos, sino el de cómo puede complementar a la pena sin que distintos principios (el de proporcionalidad es quizás el más evidente) se vean lesionados por una mera cuestión nominal. En este sentido, y puestos a incluir en nuestro ordenamiento esta institución, habría sido preferible, como en algún momento se propuso, contemplarla en relación con sujetos imputables como una pena alternativa o como una forma de cumplimiento de la pena (de hecho, entre las obligaciones previstas durante la libertad condicional y las que se pueden imponer durante una libertad vigilada tampoco median grandes diferencias)¹¹²⁹. Pero lo decisivo será que el nombre, la etiqueta, no constituya una forma de burlar las garantías que han de acompañar a restricciones de derechos de esta intensidad.

y la ejecución de la libertad vigilada tendrían un requisito de peligrosidad de distinta intensidad: en los casos extremos se mantendría la prisión permanente revisable y en casos no tan graves se acordaría el cumplimiento de la libertad vigilada, aunque el sujeto en cuestión siguiera siendo peligroso. El problema, así, es que el precio que pagamos para dotar de sentido a la regulación es flexibilizar los presupuestos requeridos para la adopción de una medida de seguridad que puede llegar a ser también sumamente restrictiva de derechos.

¹¹²⁹ Vid., para una propuesta en esta línea, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al sistema de sanciones penales: Nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2011, pp. 8, 13 y ss. Propuesta que ya había sido previamente esbozada en GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2004, pp. 29, 48 y ss.

VI. El problema del destinatario de la sanción

Hasta este momento hemos cuestionado que verdaderamente se pueda desarrollar, a los efectos que ahora nos importan, una distinción nítida entre las penas y las medidas de seguridad de corte inocuidador destinadas a sujetos imputables. Sugeríamos que, en lo tocante a las garantías que deben condicionar su aplicación, han de ser consideradas idénticas. Antes de examinar en los siguientes epígrafes un razonamiento subsidiario (centrado en que incluso aunque no fueran sustancialmente idénticas de ello no se desprendería que su aplicación conjunta no cuente con ningún límite adicional) pretendemos suministrar un último argumento que persigue apuntalar el carácter indiferenciable de ambas.

Decir que el Derecho penal es una forma de comunicación no es, en absoluto, algo novedoso¹¹³⁰. Al menos desde que CALLIESS lo pusiera de manifiesto ha quedado relativamente clara esta dimensión del Derecho, en general, y del Derecho penal, en particular¹¹³¹. En realidad, es más que posible que el Derecho penal no sea solo de manera inevitable un proceso comunicativo, sino que precisamente en ello resida buena parte de su justificación¹¹³². Hablamos, en definitiva, de una perspectiva en cierto grado discursiva

¹¹³⁰ Con rotundidad lo asevera así, entre otros, PÉREZ BARBERÁ, G., *InDret*, p. 25, cuando establece que “la pena no sólo como acto particular, sino también como práctica o institución, constituye una situación de habla. Es decir: no sólo *cada* pena, sino *la* pena ha de ser caracterizada, precisamente, como comunicación”.

¹¹³¹ Sobre la función del Derecho, en general, como necesaria forma de estabilización de expectativas que reduzca la complejidad de un entorno potencialmente imprevisible, vid. CALLIESS, R. P., *Dialogisches Recht*, pp. 12 y ss. Estabilización de expectativas (o reducción de las alternativas de conductas de otros sujetos) que tendría lugar mediante una “praxis social dialogal” (p. 14). Tendría, así, el Derecho, como forma específica de práctica social, una estructura sensible (*responsive*), reflexiva y dialogal (p. 87). Vid., también al respecto, CALLIESS, R. P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt, 1974, pp. 16, 80 y 97. En la obra de este autor se presentan ciertas (y atractivas) peculiaridades que en la doctrina actual no se encuentran generalmente presentes. Así, en palabras de PEÑARANDA RAMOS, E., *Doxa*, p. 292, el planteamiento de este autor cuenta con “la referencia a un orden social y un sistema jurídico determinado: el correspondiente al Estado social y democrático de Derecho consagrado en la Constitución alemana”. Además, “al análisis de la función del Derecho basado en planteamientos propios de la teoría de sistemas se superpone, para el sistema correspondiente a dicho modelo de Estado, una concepción dialógica del Derecho, que viene a modificar el propio concepto de dañosidad social y el contenido de los bienes jurídicos. Estos pasan así a configurarse como posibilidades de participación en los sistemas sociales (*Partizipalien*) y la estructura social misma se define como una red de distribución de tales posibilidades”.

¹¹³² Particularmente claro en este punto es GÄRDITZ, K. F., *Staat und Strafrechtspflege*, pp. 21 y ss. Sostiene de manera parecida CALLIESS, R. P., *Dialogisches Recht*, p. 87, que “la nueva y moderna teoría dialogal del Derecho representa la respuesta adecuada a los cambios en las exigencias sociales para la respuesta acerca de la justificación del Derecho. Esto vale para todo el Derecho, no solo para el Derecho civil o el administrativo, sino especialmente para el Derecho penal”. Señala más adelante

del Derecho penal. Si este sector del ordenamiento se basa en algo más que una ciega y pobre concepción de la retribución (que seguramente nunca haya existido en una versión tan simplificada) —y a estas alturas del debate parece claro que lo hace— no queda más que reconocer que con su intervención (o inacción) pretende comunicar (o expresar) algo¹¹³³. Se podrá conceder una mayor o menor relevancia a esta faceta de la cuestión, pero negar esta dimensión comunicativa carece de sentido¹¹³⁴.

En este contexto, reconocer la vertiente comunicativa del Derecho penal (algo que no siempre se hace) y precisar suficientemente los elementos que compondrán este proceso de comunicación (algo que, con frecuencia, se descuida) puede arrojar un poco de luz de cara a la problemática que en este trabajo nos ocupa. De este modo, a lo largo de la argumentación precedente latía una idea que conviene dejar ya aflorar. Tampoco está claro que desde una perspectiva comunicativa quepa distinguir una medida de seguridad inocuizadora y una pena cuando se imponen a un sujeto imputable; y ello incluso aunque

que “en el Derecho penal de las sociedades desarrolladas modernas la fabricación del consenso necesario para el mantenimiento de la vigencia de las normas y con ello la estabilización de las expectativas de comportamiento tiene lugar en el proceso penal” (p. 89). Así, el aseguramiento contrafáctico de las expectativas ya no tiene lugar únicamente con el mecanismo de la pena, sino también con el proceso, que termina con una decisión que aclara la vigencia de la norma (p. 89). Finalmente, el autor defiende que “en los umbrales del año 2000 se exige un cambio en la fundamentación del Derecho penal. Con el abandono de todas las teorías de la pena, que conservan parte de su significado en el ámbito de la sanción, se debe poner en el centro el Derecho penal como concreción del Derecho constitucional y fundamentar una nueva teoría del Derecho penal” (p. 108). En sentido similar ya se había pronunciado antes cuando señaló que “lo que el Derecho es no está fijado desde el comienzo y no será decidido en un proceso de aplicación del Derecho autoritario y con carácter de monólogo, sino que será producido en un proceso dialogal de acción y reacción y será fijado en su estatus con un resultado del discurso (*Gesprächergebnis*)” (CALLIESS, R. P., *Theorie der Strafe*, p. 81). Este proceso se encontraría, además, fuertemente marcado por el carácter constitucional, social y democrático del Estado (p. 211).

¹¹³³ Habrá que discutir luego, en todo caso, qué quiere expresar, cómo quiere hacerlo y a quién pretende comunicar el mensaje. Al final, toda teoría de la pena (o del sistema penal en su conjunto) puede reconducirse más o menos a la respuesta que se dé a estas preguntas.

¹¹³⁴ Así, si bien sería en exceso optimista (o, incluso, sencillamente erróneo) pretender que en el ámbito del delito y de la amenaza y la imposición de la pena nos situamos en un diálogo en el que se encuentran presentes condiciones ideales de corte *habermasiano*, parece difícilmente discutible que, en un sentido menos ambicioso, el Derecho (y quien comete el delito) comunica algo a uno o varios interlocutores. Por eso, nos separamos en este punto de RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, pp. 246, cuando de forma excesivamente estricta rechaza esta posibilidad (no, en todo caso, que se produzca *de facto* una función expresiva, pero sí que sea dialogal) a la hora de imponer la pena. Algo que, por otra parte, el propio autor tácitamente asume cuando habla de lo que la pena “dice” a la sociedad (p. 252) y, especialmente llamativo en este punto en atención a la posición del autor citado, de lo que el delito “significa” para la sociedad (p. 253). Nos limitaremos, pues, a poco más que aceptar con JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, p. 67, que “el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación”. Además, ha de perseguirse una comunicación esencialmente personal (“el otro es algo más que el objeto de un cálculo estratégico”) y no puramente instrumental (pp. 70 y ss.).

verdaderamente se pudiera hablar de un propósito del emisor del mensaje (el Estado) decididamente distinto en uno y otro caso¹¹³⁵. El proceso de comunicación (al que el Derecho penal, insistimos, no se puede sustraer) es algo más complejo y tiene una serie de pautas de las que es difícil escapar¹¹³⁶. La intención del emisor del mensaje, por sí misma y sin atender a otra serie de consideraciones, en nada afecta al mensaje transmitido, como veremos más adelante.

No se descubre nada nuevo (de hecho, es algo que se explica en los libros de lengua y literatura de educación primaria en nuestro país) cuando se dice que el proceso de comunicación consta de, al menos, seis elementos: emisor, receptor, canal, código, mensaje y contexto¹¹³⁷. Por ello, no deja de resultar curioso que estos factores no hayan sido apenas analizados ni siquiera por quienes mantienen el carácter comunicativo del

¹¹³⁵ Dejaremos de lado aquí otra cuestión importante: la vertiente comunicativa de las medidas de seguridad de corte terapéutico. En todo caso, seguramente merezca la pena dejar apuntado que, en la línea propuesta recientemente por SILVA SÁNCHEZ, resulta preciso reconocer que estas desempeñan también una importante (aunque particular) función comunicativa. Así, en palabras del autor citado “las medidas de seguridad jurídico-penales son algo más que medidas policiales de prevención de peligros. Por eso deben mantenerse en el Derecho penal *lato sensu* (...) su función en el Derecho penal actual también es la de neutralizar comunicativamente la lesividad para bienes jurídico-penales del hecho y la (parcial) imputación de éste a un sujeto peligroso. Las medidas de seguridad ‘jurídico-penales’, en tanto que impuestas por Tribunales penales y controladas en su ejecución por éstos, participan de la dimensión simbólica de lo penal (...) tiendo a pensar —no sin dudas en lo relativo a los casos de ausencia de acción— que las medidas de seguridad penales poseen también una cierta dimensión de prevención general positiva, contribuyendo a la reafirmación (no de normas sino) de valoraciones jurídico-penales; en otras palabras, del orden de los bienes jurídico(-penales) (en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *InDret*, 2014, p. 15). De este modo, las medidas de seguridad terapéuticas no tendrían un propósito únicamente cognitivo (de evitación puramente fáctica de situaciones indeseables), sino que desempeñarían un importante papel comunicativo (contribuyendo a asentar, de modo distinto a como lo harían las penas —y, en nuestra opinión, también las medidas de seguridad inocuizadoras— determinados valores sociales).

¹¹³⁶ Curiosamente, creemos factible mantener que en la doctrina española este problema se aborda con mayor frecuencia desde la teoría de normas que desde el de la propia fundamentación y explicación del Derecho penal. Ello tiene cierto sentido. La norma opera como mensaje que ha de ser transmitido y su relación con el destinatario ha sido ciertamente problemática (especialmente para las concepciones imperativas de la norma). Sin embargo, enfocar el planteamiento comunicativo y los problemas que en él puedan surgir en la norma es, en nuestra opinión, una perspectiva injustificadamente limitada. El motivo esencial de ello es que el Derecho no comunica únicamente mediante normas, expresa también valores cuando decide no regular algo. Dicho de forma quizás excesivamente literaria, el Derecho penal comunica no solo cuando “habla”, también lo hace cuando permanece callado. Y es que, en ocasiones (y como decía el poeta José Martí), “hacer es la mejor manera de decir”. Por ello, una perspectiva más atenta a lo que el Derecho penal en su conjunto significa no debería circunscribir solamente el estudio del proceso comunicativo del ordenamiento a la teoría de normas, pues estas son solo una de las muchas formas con las que cuenta este para comunicarse.

¹¹³⁷ Sobre este evidéntísimo lugar común, vid., entre muchísimos otros, LUNENBURG, F. C., “Communication: The Process, Barriers, And Improving Effectiveness”, *Schooling*, vol. 1, n.º 1, p. 2.

Derecho penal. Una mirada atenta a estos elementos puede contribuir a aclarar algunos extremos algo oscuros en este ámbito. En definitiva, y circunscribiéndonos ahora concretamente a la pena en atención a los objetivos de este trabajo, no debe bastar con decir que la pena comunica algo, es preciso concretar en algún grado cómo lo hace. Así, podremos comprobar dónde pueden estar los eventuales problemas y, sobre todo, aprehender los límites inherentes a este proceso.

Para un mejor proceder expondremos ahora los elementos, su más básica definición y su correspondencia aproximada (y, probablemente, en algún grado discutible) en el ámbito del Derecho penal. La definición del “emisor” del mensaje es prescindible por completo aquí. Su cristalización en el ámbito del ordenamiento penal es sencilla. El emisor es el Estado, concretamente a través de la configuración de las normas por parte del legislador y la aplicación que de ellas efectúan los tribunales y la administración penitenciaria. En cuanto a lo que el “mensaje” significa tampoco se requieren mayores consideraciones y, en el Derecho penal, el mensaje básico (aunque, como veremos, no el único) que acompañará a la pena es el de la desaprobación de la conducta sancionada y el de la pacificación del conflicto. Más compleja se vuelve la cuestión cuando depositamos nuestra atención en el “destinatario” del mensaje, porque es aquí donde pueden aparecer las más importantes divergencias. Y es que no está claro a quién se dirige la pena, si al individuo al que se impone, a la sociedad en su conjunto o solo a una parte de ella. Más adelante profundizaremos y daremos cuenta de la complejidad de esta cuestión. El “código” (por así decirlo, la “forma” que adquiere el mensaje para su adecuada transmisión) se conforma de una mezcla en diversas proporciones —según la teoría de la pena que se mantenga— de la declaración de culpabilidad y la lesión afflictiva de intereses del condenado. El “canal” (el “medio” por el que se pretende transmitir el mensaje) se encuentra constituido bien por la publicidad de las normas, bien por el proceso penal, bien por la ejecución de la sanción, o bien por la combinación de alguno de estos tres elementos. Finalmente, el “contexto” (el entorno en el que se hallan tanto emisor como receptor) se encontrará compuesto por las circunstancias en las que se cometió la infracción, pero también por aquellas otras anteriores que ayuden a comprender el conflicto y aquellas que concurren en el momento de imposición y ejecución de la pena¹¹³⁸. La taxonomía efectuada probablemente permita comprender mejor aquello que

¹¹³⁸ En este elemento podría incluirse seguramente también un séptimo componente al que en ocasiones se le concede autonomía propia: el “ruido”. Hablamos, por decirlo de alguna manera, de las

dice JAKOBS cuando sostiene que “[t]omado de forma aislada, todo comportamiento puede ser interpretado de distintas maneras”¹¹³⁹.

Esta, como se puede comprender con facilidad, es una mera descripción muy esquemática y aproximativa. Aunque, como se ve también con claridad, parece ser una estructura apta para dar cabida a cualquier teoría de la pena, cuyos elementos esenciales son fácilmente reconducibles a estos extremos. Un detallado análisis de todos estos factores merecería, con toda seguridad, una investigación autónoma específicamente centrada en complejos aspectos de, entre otras facetas, la filosofía del lenguaje o las relaciones entre normas y acciones. Ello nos llevaría demasiado lejos. Nuestro propósito ahora, mucho más humilde, aunque inescindiblemente vinculado a estas cuestiones, tiene un carácter bien distinto. Profundizaremos a continuación selectivamente en algunas de estas problemáticas, lo que nos permitirá mantener, como creemos correcto, que la propia condición de imputable del destinatario de la sanción hace imposible caracterizar debidamente a la medida de seguridad de corte inocuizador como algo verdaderamente distinto de la pena¹¹⁴⁰.

Una primera cuestión interesante que conviene abordar ya con carácter preliminar es la de determinar cuál es el papel que desempeña, si es que desempeña alguno, la intención del emisor del mensaje. Un inevitable punto de partida para tratar de dar respuesta a esta cuestión pasa por reconocer la naturaleza intersubjetiva de la comunicación. Uno, en sentido estricto, no se comunica nunca consigo mismo. El proceso de comunicación

interferencias que, ajenas a la voluntad del emisor o receptor, pueden dificultar el correcto transcurrir del mensaje durante todo el proceso y acabar por distorsionarlo.

¹¹³⁹ JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, p. 52.

¹¹⁴⁰ Se podría apuntar, además, que incluso aunque tal opción fuera en verdad posible no sería, en cualquier caso, deseable. Así hemos de tener presente que como señalaba RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, p. 85, que “[l]as normas que describen estados peligrosos y establecen medidas de seguridad tienen como destinatarios a los competentes órganos judiciales del Estado que deben aplicarlas. Los sujetos a quienes se les imponen las medidas de seguridad aparecen aquí no como *destinatarios* del precepto, sino como *objetos* del mismo”. Tal aseveración en lo que a inimputables se refiere no plantea problema alguno, pero ciertamente la consideración como *objeto* de un sujeto responsable por una norma que legitimará su posterior restricción de derechos resulta, con todo, cuestionable. De modo semejante explicaba VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, p. 37, “por qué la conducta lesiva no debiera ser tratada con sanciones neutrales que no expresan desaprobación. Estas sanciones —aun cuando fueran igual de efectivas para desalentar un comportamiento— niegan el *status* de la persona como agente moral capaz de comprensión. Una sanción neutral trataría a los infractores o a los potenciales infractores como pueden ser tratados los tigres en el circo, como seres que deben ser refrenados, intimidados o condicionados para cumplir, porque son incapaces de entender que morder a la gente (o a otros tigres) está mal. Una sanción condenatoria trata a la gente como a una persona que es capaz de esta comprensión”.

implica un “otro” al que hacer llegar el mensaje. Por ello, los propósitos internos no exteriorizados (o que no cristalicen en alguno de los elementos del proceso comunicativo) serán por completo irrelevantes¹¹⁴¹. No serán más que los motivos de la emisión del mensaje que, en tanto que sean desconocidos por el destinatario del mismo, en absoluto afectarán a la transmisión y recepción de este. Para que el propósito del emisor tenga alguna trascendencia es preciso que se haga reconocible para el destinatario, en cuyo caso puede llegar a afectar a la propia conformación del mensaje. Así, por ejemplo, no será lo mismo que en un bar un amigo le quite a otro la cerveza que está consumiendo como broma a que lo haga como muestra de desaprobación por algún comentario inapropiado previo que pudiera tener su origen en un excesivo consumo de alcohol. El problema aquí es el de la interdependencia de todos estos factores, que aporta más oscuridad que luz, pues el propósito, a la vez, se inferirá del contexto y del destinatario¹¹⁴².

Sin embargo, es preciso reconocer algo de suma importancia: la interrelación de todos estos factores es extrema y no es fácil deslindar unos de otros. Así, aparentemente sería sencillo desligar la figura del emisor de la del receptor, pero lo cierto es que no resultaría fácil entender el papel de uno sin atender al de otro. Esto obedece a una dinámica muy sencilla. Todos los individuos desempeñan en el plano de la comunicación diferentes roles. Un mismo sujeto puede ser el superior de otro, el subordinado de otro, el compañero de otro, el hijo de otro, el padre de otro, etc. Qué rol concreto esté desempeñando el emisor de un mensaje (cuál sea la concreta dimensión de la persona que se manifieste en él) dependerá en muy buena medida de quién vaya a ser el destinatario de este¹¹⁴³. En consecuencia, no resulta sencillo identificar plenamente al emisor sin conocer al destinatario y, viceversa y por las mismas razones, no es posible saber quién es el destinatario si se desconoce quién emite el mensaje. Para ilustrar lo primero puede ser de

¹¹⁴¹ Es cierto, no obstante, que puede tener alguna trascendencia el propósito del autor que (exteriorizado o no) le sea atribuido por el destinatario. En definitiva, si el destinatario cree que el emisor transmite el mensaje con un propósito concreto (sea esta creencia justificada o no) ello puede afectar a la manera en que sea interpretado el mensaje. Sin embargo, por motivos de claridad expositiva mantendremos esta cuestión en un segundo plano.

¹¹⁴² Ni siquiera cuando el emisor “reconozca” abiertamente su propósito será esto bastante, pues la credibilidad de tal afirmación se someterá a un contraste con las circunstancias en las que tiene lugar la comunicación para comprobar si es o no creíble.

¹¹⁴³ A este respecto, y en conexión con la idea del componente relacional (o comunicativo) de la responsabilidad, resultan ineludibles las consideraciones de DUFF, R. A., *Answering for Crime*, pp. 23 y ss., cuando destaca que la configuración del rol que en un determinado contexto asume un sujeto determina “el contenido y la dirección de nuestras responsabilidades: de qué somos responsables y ante quién”.

utilidad el siguiente ejemplo. Si en un paseo por el parque caminan juntos un padre, su hijo pequeño y un compañero de trabajo del primero, determinadas expresiones neutras por parte del padre/compañero como “no me parece bien lo que hiciste el otro día” o “tienes que esforzarte más, si no, no alcanzarás el objetivo” pueden dirigirse indistintamente a cualquiera de sus dos acompañantes y tendrán, sin embargo, un significado distinto, pues aludirán a otras realidades, en atención a cuál sea el destinatario. Que esta situación es, como decíamos, ambivalente, parece claro. Así, si un sujeto recibe una carta en la que se dice “quieras o no, mañana te veré”, quién sea el sujeto que firme tal carta será lo que dé sentido al mensaje e interpele al sujeto en su calidad de “amigo”, “empleado”, “víctima de amenazas”, etc.

En todo caso, y dejando por ahora al margen la compleja cuestión de cómo se relacionan entre sí todos estos elementos, es momento de poner de relieve que, en lo que al plano comunicativo se refiere, la situación es particularmente complicada en relación con la pena (o, de forma más general, con el Derecho penal). Esto sucede porque, como han puesto de manifiesto PEÑARANDA RAMOS o RODRÍGUEZ HORCAJO, la pena no se dirige a un único destinatario, sino a varios a la vez¹¹⁴⁴. Se dirige, en primer lugar, al sujeto que

¹¹⁴⁴ En esto radicaría la principal ventaja de las concepciones preventivo-generales positivas de la pena según PEÑARANDA RAMOS, E., “La pena: nociones generales”, p. 273. Además, siguiendo al citado autor, “[l]a clave del éxito de la institución estatal de la pena estriba ciertamente en que está en condiciones de producir muy distintos efectos, pero no es posible obtenerlos de cualquier modo, mediante la simple agregación de elementos inconexos, sin comprometer la consistencia y la eficacia de esa institución”. Así, la versatilidad de una pena con distintas funciones y destinatarios sería su principal ventaja. En un sentido similar, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, pp. 187 y ss., defiende que “[l]a pena estatal se dirige de manera diferente a dos tipos de persona diferentes (...) [f]rente a sujetos que, por la razón que sea, tienen una tendencia a cometer un determinado delito, la pena solo opera de una manera puramente disuasoria intentando cambiar su comportamiento, aparejando un perjuicio a una determinada acción, para que el mismo sea tenido en cuenta en la gestación de esta, y obligando a una asunción de responsabilidad por dicho acto en exclusiva por el sujeto que lo cometió. Pero, y simultáneamente, la pena se dirige al común de la sociedad haciendo que en ellos, que nunca han visto el delito como una opción posible, no surjan motivos para cambiar su comportamiento habitual. Y lo hace ayudándolos a seguir viendo el beneficio grupal como más rentable a largo plazo que el beneficio individual (aunque este pueda ser rentable a corto plazo), a seguir considerando la actuación prosocial como una actuación inteligente y no reflejo de una bondad que roza el absurdo, y a simplificar la forma en que los sujetos afrontan las relaciones sociales, creando una ficción acerca del comportamiento de los demás que presume (de manera fundada) que no será delictivo”. En definitiva, como señala luego el autor, “la complejidad de la institución penal y su carácter versátil (...) va unida indefectiblemente a la complejidad de la naturaleza humana”. A ello habría que sumar, prescindiendo ahora de la “idea de hombre” o de la “idea de pena” que tengamos, que, como señalara DUFF, R. A., *Punishment, Communication, and Community*, pp. xvii-xviii, no parece muy plausible pensar que ningún sistema penal se encuentre diseñado desde una sola (y unitaria) teoría.

la padecerá, pero también al resto de la sociedad¹¹⁴⁵. De hecho, en contra de lo que a veces se pretende transmitir, se comunican distintos mensajes a toda la sociedad en sus distintos roles. Así, la pena se dirige a todos los miembros de la sociedad en su condición de potencial víctima y de potencial autora. A la potencial víctima se le ofrece, simplificando ahora mucho el fenómeno, un mensaje de apoyo, seguridad, respaldo social y de refuerzo de la cooperación. Al potencial autor, por su parte, se lo trata de disuadir con la amenaza y con el reforzamiento del valor social cuestionado. En relación con la concreta víctima, se le transmite, entre otras cosas, un mensaje de seguridad, compañía y respaldo social. Sucede, de este modo, que la misma acción (la amenaza y castigo del delito) significa algo distinto para cada destinatario manteniéndose todos los demás factores iguales.

De esta forma, tal y como veíamos también antes, quién sea el destinatario del mensaje ayuda a concretar su contenido, hasta el punto de que una misma acción puede expresar algo absolutamente diferente en atención a su receptor. Una vez más, aquí es irrelevante el propósito perseguido por el emisor. O bien este modifica alguno de los componentes del proceso para satisfacer mejor su propósito, o bien, si se dan determinadas condiciones de credibilidad, modifica el contenido del mensaje con su mera enunciación, pero en cualquier otro caso el propósito soterrado del emisor en nada afecta a la transmisión del mensaje. La comunicación es un proceso social y todo aquello que se mantenga fuera de lo que resulta socialmente accesible no podrá formar parte de él. Dicho de otro modo, no se puede conseguir una comunicación distinta manteniendo iguales los factores perceptibles del proceso.

Es en este mismo sentido en el que decimos que el destinatario condiciona el mensaje. Si el emisor es el mismo (el Estado en sus distintas ramificaciones), lo es el receptor (autor imputable del delito) y no cambian ni canal, ni código, ni contexto, difícilmente será muy distinto el mensaje. Veámoslo de nuevo con otro ejemplo. Dos enunciados como “levántate” o “qué guapo estás hoy” significan cosas absolutamente dispares en atención al destinatario, *ceteris paribus*.

¹¹⁴⁵ Es importante matizar que pensamos en todo momento en un autor imputable, pues con el inimputable no hay proceso de comunicación, algo que ha sido insistentemente argumentado en relación con la teoría de normas. Por ello, resulta equivocado ver en la imposición de la pena el final del diálogo, sino una continuación de él. De hecho, esta supone un reconocimiento del estatus de interlocutor del sujeto que la padece.

En lo que al primero de ellos se refiere, tal enunciado puede implicar, por ejemplo, una orden (si se dirige a un subordinado), una impertinencia (si se refiere a un superior jerárquico) o una ofensa (si se destina a un sujeto que padece una discapacidad física que le impide de modo visible llevar a cabo tal acción). En cuanto al segundo enunciado, este puede constituir una fórmula de cortesía si existe un vínculo personal afectivo entre emisor y destinatario (y un concreto contexto), una impertinencia (si se dirige a una persona desconocida) o una ironía ofensiva (si su destinatario es alguien que acaba de sufrir una grave desfiguración de su rostro en un accidente).

Llegados a este punto, parece que estamos ya en condiciones de abordar la cuestión que a esta investigación preocupa. En la imposición a un mismo sujeto (destinatario) de penas y medidas de seguridad inocuizadoras materialmente idénticas (y que, por tanto, conllevan la aplicación de un mismo código), que tienen inevitablemente el mismo emisor (el Estado en diversas facetas), que se articulan por el mismo canal (proceso penal) y atienden a un mismo contexto, no se podrá deducir de ello ningún mensaje distinto. Y no se podrá, por cierto, en relación con ninguno de sus posibles destinatarios (autor, víctima, potencial autor y potencial víctima). Al sujeto al que se le impone se le expresará desaprobación; a la víctima del delito, solidaridad; al “potencial autor”, amenaza; y a la “potencial víctima”, protección y reafirmación en su respeto al Derecho. A esto se opondrá, por parte de los defensores de la “diferencia” entre penas y medidas inocuizadoras que estas tienen un distinto propósito y esto quizás sea cierto, pero de ello no se desprenderá sin más cambio alguno en el mensaje transmitido.

Decíamos antes, y puede aplicarse completamente ahora, que la mera enunciación de un propósito que no plasma cambio alguno en los elementos de la comunicación a nada afecta. Y tal enunciación, para alterar el mensaje, ha de tener lugar en unas condiciones de credibilidad que permitan conceder alguna relevancia social a tal manifestación. Estas condiciones, a su vez, deberán ser coherentes con el resto de los elementos del proceso comunicativo, pues en caso contrario serán “derrotadas” por estos. De forma especialmente clara ha puesto de relieve esta situación FEIJOO SÁNCHEZ al sostener que “[l]a comunicación gestual mediante acciones es más efectiva que una comunicación

puramente verbal (...) si alguien tiene alguna duda al respecto, que pruebe a indicarle a alguien que se toque el hombro mientras señala el codo”¹¹⁴⁶.

Con un par de ejemplos seguramente sea esto más sencillamente comprensible. Si un hombre blanco con una esvástica tatuada en el brazo y perteneciente a un grupo neonazi golpea a otro, que es un indigente negro, en la cabeza con un objeto contundente y manifiesta que lo hace “porque creía que el otro sujeto así lo quería”, nadie concedería la más mínima relevancia a tal aseveración (nadie creería, por ejemplo, que hay un error sobre el consentimiento en las lesiones) y, por tanto, lo expresivo de sus actos no se vería alterado por sus palabras. En consecuencia, tal acción no expresaría un intento gratuito de ayuda, sino un ataque racista. Por otra parte, si un varón agrede físicamente a su pareja (mujer) tras discutir estas las opiniones de aquel, no se concedería ninguna relevancia comunicativa (o no, al menos, en favor del agresor) a la declaración de que su propósito era “ayudarla a alcanzar la verdadera comprensión del problema que discutían”. Nadie creería que el propósito de la agresión tuviera un carácter asistencial de cualquier tipo y, en definitiva, el “propósito declarado” no encajaría (fuera, por cierto, verdadero o no) con el resto de elementos que primarían sobre él.

En consecuencia, la sinceridad de un propósito no es condición suficiente para que este surta algún efecto en la comunicación. De hecho, ni siquiera es una condición necesaria. Basta con que el propósito declarado (sincero o no) sea intersubjetivamente creíble para que, en su caso, pueda llegar a afectar de algún modo al contenido del mensaje¹¹⁴⁷.

En estos términos cabe preguntarse, entonces, qué sucede en relación con las medidas de seguridad de corte inoquizador en nuestro ordenamiento jurídico. Pensemos un momento en las medidas de seguridad de carácter terapéutico, como el tratamiento psiquiátrico. Someter a un sujeto responsable a un tratamiento de esta clase no podría ser concebido como la expresión de una tarea asistencial. Precisamente su condición de responsable

¹¹⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, p. 289. Es cierto que la cita ha sido parcialmente descontextualizada, pues se encuentra inserta en la argumentación del autor acerca de la insuficiencia de la mera declaración de culpabilidad como forma de responder al delito, pero tales afirmaciones son también plenamente incardinables en este punto.

¹¹⁴⁷ También podría suceder que, precisamente por todos los elementos que acompañan al proceso comunicativo, se le atribuyera al emisor un determinado propósito incluso frente al rechazo de este de que tal fuera su intención al emitir el mensaje. Solo podemos derivar los propósitos de los hechos. Las palabras son, por supuesto, también hechos a ser considerados, pero no siempre más decisivos que aquellos otros en las que estas se enmarcan.

veda esta posibilidad y hace que una restricción tal de derechos solo pueda ser leída como un (ilegítimo) castigo. De igual forma, someter a un sujeto responsable a una medida de carácter terapéutico-educativo, como la que se pueda imponer a un menor de edad, tampoco sería interpretable como un ejercicio de la misión asistencial del Estado, sino como un (degradante) castigo para el autor del delito. Y es que no es necesario siquiera acudir al Derecho penal para comprender cabalmente el problema. Limpiar con una servilleta a un niño pequeño que comiendo se mancha la barbilla significa algo completamente distinto que hacérselo a un adulto que puede valerse por sí mismo. Tanto es así que, en estos casos, incluso una indicación directa de la necesidad del uso de servilleta con más gente en la mesa sería interpretada al menos como una descortesía.

La existencia de responsabilidad en el autor de un delito en ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, reconocen a este todos los derechos fundamentales sirve de marco interpretativo para analizar las consecuencias que se le impondrán como respuesta a sus infracciones. Así, retirar el carné de conducir a un sujeto responsable no significa lo mismo que quitárselo a otro que padece una profunda alteración psíquica. En el último caso, al sujeto no se le trasmite ningún mensaje. No se está “hablando” con él. El mensaje va dirigido a la sociedad y dice algo así como “podéis estar tranquilos, hemos sacado un peligro de circulación”. Sin embargo, cuando al sujeto al que se le restringen derechos es uno totalmente responsable la situación no es la misma. A él no se le puede obviar como destinatario del significado de tal restricción. Hacerlo supondría una burda instrumentalización. Supondría, como veíamos cuando analizábamos el fundamento de las medidas inocuizadoras, no poder darle una respuesta satisfactoria si este preguntase algo tan razonable como “¿por qué a mí?”. Implicaría también obviar a un sujeto que legítimamente podría demandar un “diálogo” con el Estado.

De esta manera podemos comprobar que la afirmación de que la medida inocuizadora persigue una finalidad distinta de la pena no solo es cuestionable, sino que, incluso aunque fuera cierta, no tendría repercusión alguna en el plano comunicativo en relación con ninguno de los destinatarios del mensaje. Que el Estado restrinja sus derechos a un individuo responsable como consecuencia de una infracción será (razonablemente) interpretado como un castigo con independencia de que se insista en el propósito no

punitivo de tal restricción¹¹⁴⁸. Del mismo modo que proceder de igual forma (con idéntica privación de derechos) frente al niño de tres años que agrede a su compañero de clase ni sería estrictamente un reproche para el niño en cuestión (pues le faltan las condiciones básicas para que tal reproche pueda verdaderamente tener lugar), ni transmitiría el mismo mensaje al resto de los destinatarios (víctima y potenciales víctimas y autores).

Frente a lo aquí manifestado cabría oponer un planteamiento frontalmente distinto, aquel que diría algo así como que la denominación como “pena” o “medida” sí podría llegar a importar. La idea que puede subyacer a esto es que el propio etiquetamiento de la institución tiene ya, en sí mismo, un significado. Ello, en abstracto, podría ser cierto. Pero, para ser válido, este argumento debería superar dos filtros. En primer lugar, habría que poder sostener que esa distinta significación es legítima (lo que no resulta ni mucho menos claro). En otras palabras, habría que comprobar que aquello que quiere expresar el diferente etiquetamiento es, en términos éticos y jurídicos, aceptable. En segundo lugar, habría que constatar de qué manera repercute tal etiquetamiento en alguno de los elementos del proceso comunicativo, lo que tampoco resulta sencillo. Nos encontraríamos, de nuevo, ante el problema de la fuerza persuasiva del propósito declarado y de la inferencia de la credibilidad de este a través de su coherencia con el resto de los elementos del proceso de comunicación; algo que, en nuestra opinión, pone en tela de juicio que tal diferente propósito sea real y, en consecuencia, dificulta su repercusión efectiva sobre los demás elementos de dicho proceso.

Así, si antes se ha cuestionado que penas y medidas inculcadoras puedan ser consideradas (a los efectos de las garantías que las limiten) como algo diferente por las similitudes existentes entre sus respectivos fundamentos —si es que estos son en verdad aprehensibles— y se ha remarcado la trascendencia del elemento (de idéntica) “lesividad” para distinguir unas de otras, sostenemos ahora que en el plano comunicativo tampoco se puede encontrar la diferencia. Esta objeción, lógicamente, tendrá más fuerza cuanto mayor sea el papel que se conceda a la dimensión comunicativa del Derecho penal. Sin embargo, dado que parece difícilmente rechazable que esta desempeñe *algún papel*,

¹¹⁴⁸ Esto, por supuesto, obedece a la ya apuntada “ semejanza morfológica ” entre el contenido de penas y medidas inculcadoras que alcanza el punto en que unas y otras podrían ser ejecutadas alternativamente sin que nada cambiase. Si todos los demás elementos del proceso de comunicación permanecen igual y el canal (declaración de culpabilidad/aflicción penal) tampoco cambia, lo comunicado será exactamente lo mismo.

creemos que, consecuentemente, habría que otorgar alguna trascendencia a estas consideraciones.

VII. Especial consideración a la prohibición de incurrir en *bis in idem*: de nuevo, el problema del fundamento

Hasta aquí, hemos defendido que penas y medidas de seguridad de carácter inocuizador dirigidas a imputables son, al menos a los efectos de las garantías con las que deben contar, idénticas. Dicho sencillamente: si las penas y esta clase de medidas “son” iguales, han de ser las mismas también las garantías con las que cuenten. Sumar pena y medida inocuizadora no sería entonces distinto a sumar una pena con otra. A partir de aquí veremos que, aunque no se compartan los argumentos precedentes, de ello no se desprendería sin más que cada una de estas instituciones debiera contar con garantías y límites independientes. Más bien sucederá lo contrario, sus límites se encontrarán al menos mezclados, si no sencillamente fundidos.

Como es sabido, uno de los principales problemas en los que se incurre en los supuestos de “fraude de etiquetas” es el de la eventual vulneración del principio *ne bis in idem*¹¹⁴⁹. Dicho llanamente, la imposición de una medida de seguridad adicional a la pena se debe enfrentar a la objeción de que se esté “sancionando de nuevo” una conducta que ya ha sido punida con carácter previo a través de la pena. Para tratar de esclarecer todo este debate, se procederá a continuación a establecer cuál es el escenario doctrinal y jurisprudencial en el que se enmarca este principio para, posteriormente, centrar la atención en las particularidades que a este respecto pueden presentar las medidas de seguridad postdelictuales que se imponen a sujetos plenamente responsables.

Como es sabido, el principio *ne bis in idem* (o *non bis in idem*, la denominación poco importa) hace referencia a la imposibilidad de sancionar a un sujeto dos o más veces por una misma conducta y a la inadecuación de perseguir procesalmente a un mismo sujeto

¹¹⁴⁹ La más precisa definición de fraude de etiquetas se halla en GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto*, pp. 207 y ss. Así, sostiene el mencionado autor: “[e]l fraude de etiquetas es algo que le reprochan a uno —un fraude— porque en razón de un error de categorización ha declarado admisible una forma de proceder que no sería admisible bajo un nombre diferente y que tampoco sería admisible en absoluto. Por tanto, al fraude de etiquetas le es inherente, junto al elemento lógico del error de categorización, el elemento normativo del compromiso con los fines de afirmar la legitimación, del *compromiso tendencioso en beneficio del poder*”.

por el mismo hecho varias veces¹¹⁵⁰. En todo caso, como ha señalado GARCÍA ALBERO, pese a la muy generalizada asunción nacional e internacional de este principio hay todavía importantes dudas en lo relativo a todos sus elementos, hasta el punto de que no está claro ni qué es el *bis* (aquello cuya reiteración se prohíbe) ni qué es el *idem* (aquel supuesto en el que la reiteración está prohibida)¹¹⁵¹.

A pesar de que el derecho fundamental en cuestión no se encuentra expresamente recogido en nuestra Constitución, lo cierto es que el Tribunal Constitucional desde el comienzo de su andadura le ha atribuido dicho estatus (así lo hizo, por primera vez, en la STC 2/1981, de 30 de enero). Igualmente, distintos tratados internacionales recogen dicho principio (al menos de forma limitada)¹¹⁵².

Aunque en su origen esto no se viera con la claridad suficiente, parece indudable que el principio que ahora nos ocupa tiene, como ha señalado especialmente PÉREZ MANZANO, una doble dimensión que debería, además, cristalizar en distintos fundamentos y presupuestos¹¹⁵³. Así, es ya un justificado lugar común mantener que el principio de *ne*

¹¹⁵⁰ Precisamente por ello son varias las cuestiones jurídicamente relevantes que se entremezclan alrededor de este principio, como señala QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *El principio non bis in idem*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 10, que destaca como manifestaciones del principio la problemática concursal, la acumulación de pena y medida, la acumulación de pena y sanción administrativa y la agravación por reincidencia.

¹¹⁵¹ GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, CEDECS, Barcelona, 1995, p. 23. En similar sentido, PÉREZ MANZANO, M., “*The Spanish Connection: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in idem*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 22, 2018, p. 388, quien sostiene que el amplio reconocimiento internacional “no puede ocultar que, más allá del acuerdo esencial que dicho reconocimiento conlleva, se esconden notables discrepancias en la forma de concebir el presupuesto —idem— y el alcance de la prohibición —bis—; discrepancias que obedecen a las distintas concepciones sobre el fundamento del derecho y la preeminencia de los valores en juego”.

¹¹⁵² Así se recoge, al menos, en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 4 del Protocolo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (1950), en el art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (1985) y en el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta indudable dimensión internacional del precepto ha llevado a NIETO MARTÍN, A., “Introducción: El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.): *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2007, p. 10, a defender que el principio *ne bis in idem* sufre en estos momentos “una crisis de crecimiento de la que sin duda va a salir robustecido”. Así, prosigue el autor, “de un derecho fundamental cuya aplicación se reducía a los límites de un determinado ordenamiento, se está evolucionando a la construcción de un derecho que tiene en cuenta los procesos y decisiones que proceden de tribunales internacionales o de otros Estados”.

¹¹⁵³ Con gran claridad, PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 57 (entre otros lugares). Adscribiéndose expresamente a la posición de esta autora, HUERTA TOCILDO, S., “El derecho a la legalidad penal”, en RODRÍGUEZ-

bis in idem cuenta con una faceta procesal (referida a la prohibición de enjuiciamiento múltiple) y una faceta material (vinculada a la prohibición de múltiple sanción ya sea en uno o en varios procedimientos). Mientras que la primera faceta estaría asociada fundamentalmente al art. 24.1 CE, la segunda encontraría su asidero constitucional en el art. 25.1 CE. Simplificando mucho se podría decir que la vertiente procesal del principio se asocia a la idea de eficacia de las resoluciones judiciales y a la de tutela judicial efectiva, mientras que la vertiente material estaría vinculada a la idea de proporcionalidad y legalidad en la respuesta penal¹¹⁵⁴.

En todo caso, parece doctrina constitucional constante que para comprobar si se ha producido o no una vulneración del principio que ahora analizamos es necesario constatar si existe una identidad en el supuesto en cuestión relativa al sujeto al que se impone la sanción, al hecho que la motiva y al fundamento en el que se ampara¹¹⁵⁵. Ahora bien, cuál sea el contenido material con el que haya que dotar a esta triple identidad de sujeto, hecho

PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, BOE/Ministerio de Justicia/Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 911. Muy rotundo también a la hora de trazar esta distinción, MAÑALICH RAFFO, J. P., “El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, *Política criminal*, vol. 9, n.º. 18, 2014, pp. 547 y ss., quien considera absolutamente rechazable la idea de que la prohibición de incurrir en *bis in idem* constituya un único principio e insiste en la idea de constatar dos prohibiciones autónomas: la de punición múltiple y la de enjuiciamiento múltiple, algo de suma importancia dada la “muy considerable heterogeneidad que cabe reconocer entre uno y otro estándar” especialmente por las diferencias en lo que a la determinación del “hecho” y el “fundamento” se refiere.

¹¹⁵⁴ Así, PÉREZ MANZANO, M., “El principio ‘*ne bis in idem*’”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.): *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 114 y ss. Concretamente, en relación con la vertiente material, que es la que ahora más nos interesa, sintetiza la autora que “[d]e un lado, imponer más de una sanción por el mismo hecho supone imponer una sanción desproporcionada, que no se atiene al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador entre la gravedad del hecho y la consecuencia jurídica, por lo que constituye un exceso punitivo; si dicho exceso rebasa la medida de lo adecuado a la gravedad del hecho y a la culpabilidad de su autor, puede implicar un trato no conforme a su dignidad. De otro lado, la imposición de una ulterior sanción por el mismo hecho infringe el principio de legalidad de las penas —o sanciones—, pues la segunda o ulteriores sanciones, acumuladas a la primera, configuran una sanción global que no es la prevista en la ley penal para el hecho y que, por consiguiente, resultaba imprevisible para el ciudadano en el caso concreto”. A este respecto, vid. también HUERTA TOCILDO, S., “El derecho a la legalidad penal”, p. 911 y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “*Ne bis in idem* material y procesal”, *Revista de Derecho*, vol. 9, 2013, p. 10.

¹¹⁵⁵ Así se sostenía ya desde la citada STC 2/1981, de 30 de enero. En ella se recogía adicionalmente, como requisito negativo, que no debía concurrir “existencia de una relación de supremacía especial de la Administración”. Este elemento, que observado desde la otra perspectiva no es otro que el de la “relación de especial sujeción del administrado” ha resultado, como se verá luego, especialmente discutido.

y fundamento es objeto de una intensa discusión¹¹⁵⁶. La cuestión de la identidad de sujeto no suele plantear problemas (más allá del eventual solapamiento que se pueda producir entre una persona física y una concreta persona jurídica en cuyo nombre actúa)¹¹⁵⁷. Las complicaciones y divergencias se encuentran, más bien, en lo relativo al hecho que motiva la sanción y al fundamento al que esta obedece. En cuanto a lo primero, se discute doctrinal y jurisprudencialmente (también, y especialmente, en tribunales internacionales como el TJUE y el TEDH) si el hecho debe concebirse desde un prisma estrictamente naturalista o si, por el contrario, es razonable que la debida delimitación del mismo se encuentre impregnada, en mayor o menor medida, por consideraciones valorativas

¹¹⁵⁶ En este punto, conviene traer a colación lo manifestado por DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.): *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2007, p. 26, cuando señala que “el aforismo *ne bis in idem*, que nace como una regla de lógica discursiva, se traslada al ámbito jurídico como instrumento de solución a la constante tensión entre la seguridad formal y la justicia material. De ahí, que en cada momento histórico se acepte o se niegue la aplicación de la ‘prohibición de no valorar dos veces lo mismo’, en función de la propia configuración del sistema jurídico e indirectamente del orden político. De ahí, en segundo lugar, que la solución al problema que plantea, una vez aceptada su aplicación, no pueda extraerse del mismo, sino de los rasgos del sistema en que se ubica. Son éstos los que van a determinar, los criterios aplicables en caso de prohibir una actuación cumulativa”. En definitiva, los problemas a los que pretende dar respuesta el principio de *ne bis in idem* (como, por cierto, sucede con cualquier otro) no hallan solución en una mera labor lógico-formal o técnica, sino que se encuentran estrechamente imbricados con valoraciones sociales (y jurídicas) inevitablemente cambiantes. Si este principio, como parece, pretende ofrecer solución a los conflictos entre justicia material y seguridad formal, la respuesta que nos ofrecerá dependerá de cómo valoremos ambos factores en nuestro ordenamiento jurídico, algo para lo que seguramente no exista una respuesta exacta y correcta.

¹¹⁵⁷ A este respecto ya la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado (la primera que se ocupó de asuntos vinculados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas) apuntaba que “en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos —piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias—, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*” (p. 19). Sensible a esta situación parece que se muestra también el propio Código penal cuando en su art. 31 ter cuando, en referencia a las personas físicas y jurídicas responsables, señala que “[c]uando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”. Esta forma de plantear el problema parece dar respuesta, o al menos intenta hacerlo, a la problemática que en su día planteaba DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 459 y ss., cuando señalaba que, evidentemente, la sanción de dos personas físicas y jurídicas de diversa identidad no plantea problema alguno desde la óptica de este principio, sino que lo problemático es determinar cuándo tal distinta identidad existe de manera efectiva. En este sentido, también PÉREZ MANZANO, M., “El principio ‘*ne bis in idem*’”, p. 118.

(jurídicas)¹¹⁵⁸. En cuanto a lo segundo, y como ya se apuntaba antes en este trabajo, el concepto de “fundamento” presenta infinidad de problemas que, en última instancia, derivan de que no siempre está claro a qué nos referimos cuando hablamos del fundamento de una institución¹¹⁵⁹.

Es este último y voluble requisito (la identidad de fundamento) el que ha permitido, por ejemplo, una práctica jurisprudencial ciertamente polémica como es la de permitir la acumulación de sanciones (ordinarias y “disciplinarias”) a aquellos sujetos en quienes concurra una determinada condición que haga de ellos predicable la existencia de una “relación de especial sujeción” con la Administración. La idea, someramente esbozada ahora, se podría resumir en que, por ejemplo, a un funcionario público se le podría sancionar no solo como ciudadano (mediante la aplicación del Código penal), sino también en su condición de funcionario (a través de la disposición administrativo-disciplinaria pertinente)¹¹⁶⁰. Ahora bien, aun asumiendo que ello efectivamente pudiera ser así (lo que, en principio, no debería resultar problemático) lo cierto es que de estos postulados deriva algún problema adicional en el que no se suele reparar. En concreto, aunque esta situación fuera en abstracto lícita, ocurre con frecuencia que el propio Código penal toma en consideración unos específicos elementos personales (entre otros, la condición de funcionario público) para tipificar determinadas conductas o para agravar la punición de otras ya contempladas. Nos encontramos entonces ante los delitos especiales

¹¹⁵⁸ Sobre este debate, que nos aleja ahora demasiado del objeto principal del estudio que aquí se presenta, vid. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, pp. 89 y ss.

¹¹⁵⁹ Vid., para una mayor concreción, PÉREZ MANZANO, M., “La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)”, en PÉREZ MANZANO, M. y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coords.): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 160 y ss.

¹¹⁶⁰ Lo mismo sucedería, por ejemplo, con un preso por su condición de tal o en cualquier otro supuesto en el que pudiera concurrir esta “especial sujeción”. Se muestra crítica con la relación de especial sujeción, en particular en el ámbito penitenciario, BENITO LÓPEZ, R., “La relación jurídica penitenciaria”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 15, 2007, passim. Esta autora mantiene con rotundidad que “no podemos seguir empleando la categoría de la ‘relación de especial sujeción’, como base para interpretar el alcance y contenido de los derechos y obligaciones que integran una determinada relación jurídica, en este caso la penitenciaria, porque con su utilización, por mucho que desde algunos sectores se haya intentado ‘acomodarla’ a la nueva situación constitucional, lo único que se ha conseguido es enturbiar la vigencia y alcance de las garantías constitucionales para la salvaguarda real de los derechos fundamentales, y con ello la efectividad de los mismos” (p. 87). También en sentido crítico a este respecto se ha manifestado SOLAR CALVO, M. P., *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, Madrid, 2019, pp. 135 y ss., que, por diversas razones, considera la idea de “sujeción especial” como un “concepto trasnochado” (p. 135).

(propios o impropios). En estos casos, el legislador contempla ya que un determinado sujeto, dada su concreta condición, merece pena, mayor pena o pena distinta de aquella que, eventualmente, resultaría razonable para el “ciudadano ordinario”. En estos supuestos, parece que esta reiteración en la fundamentación (o identidad de fundamento) podría darse si se acumulasen la agravación del tipo en virtud de la condición de funcionario y la correspondiente sanción disciplinaria. En otras palabras, la identidad de fundamento que parece no existir entre el delito común y la sanción administrativa se podría dar, sin embargo, entre el delito especial y la sanción disciplinaria¹¹⁶¹.

En todo caso, y prescindiendo ahora de debates interesantes, pero concretos, es importante tener en cuenta algo sobre lo que alerta de nuevo PÉREZ MANZANO. No es, en principio, razonable sostener simultáneamente que las dos facetas de la prohibición de incurrir en *bis in idem* (material y procesal) responden a un distinto fundamento y a una diferente lógica y, a la vez, que los requisitos para apreciar su vulneración deban ser los mismos (o tener idéntico contenido) con independencia de cuál de las dos sea la vertiente analizada¹¹⁶². Si el fundamento del principio es dual (o, mejor, si son dos principios distintos) lo razonable es pensar que ambos requieren elementos diferenciados.

Esbozado de manera sumaria y general el estado de la cuestión en lo relativo a la configuración del principio *ne bis in idem*, llega el momento de analizar las posibles fricciones que puedan surgir con este cuando a un sujeto que ya ha sido previamente castigado se le imponga, además, una medida de seguridad en atención a su peligrosidad. Esta cuestión es, por un lado, enormemente sencilla y, por otro, terriblemente compleja. El debate en torno a la eventual vulneración del principio *ne bis in idem* en estos casos es sencillo por cuanto el Tribunal Constitucional ya ha señalado con claridad en al menos tres ocasiones que, efectivamente, tal vulneración se produce. Así, la STC 23/1986, de 14 de febrero, estableció que “la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio *ne bis in idem*, íntimamente unido al de legalidad, hacer

¹¹⁶¹ Mayores consideraciones a este respecto se pueden encontrar en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 40 y ss.

¹¹⁶² Vid. supra, nota 1153.

concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar a validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la ‘culpabilidad’ y en el otro la ‘peligrosidad’”; pronunciamiento que fue reiterado expresamente por la STC 21/1987, de 19 de febrero y la STC 107/1989, de 8 de junio. Es cierto que, como han señalado algunos autores, los supuestos en cuestión eran distintos al que ahora nos ocupa (se hallaban vinculados a la Ley de Prevención y Rehabilitación de la Peligrosidad Social y a la imposición de medidas predelictuales)¹¹⁶³. Ahora bien, el Tribunal Constitucional (por tres veces) evita entrar en tales distinciones y efectúa una declaración con vocación de generalidad como la transcrita. Si el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y la configuración en nuestro ordenamiento jurídico de la prohibición de incurrir en *bis in idem* emana de ella, lo cierto es que la respuesta a la cuestión planteada se encuentra ya resuelta en favor de la inconstitucionalidad de estas medidas. Ello será así mientras el Tribunal Constitucional no se desdiga y repudie expresamente su propia jurisprudencia, pues sostener hoy en día lo contrario no sería una mera matización de lo que entonces se dijo, sino una verdadera impugnación de los razonamientos que allí se exponían.

Pese a la rotundidad del Tribunal Constitucional en este punto, el debate sigue produciéndose, con algunas buenas razones, en la doctrina. Y lo cierto es que tales pronunciamientos fueron tan loables político-criminalmente como deficientes o toscos técnicamente¹¹⁶⁴. Es habitual, cuando la doctrina lleva a cabo un análisis más reposado de la cuestión, dirigir la mirada a la problemática relativa a la eventual existencia de una identidad o disimilitud de fundamento¹¹⁶⁵. Como ya hemos remarcado en otras partes de

¹¹⁶³ Vid., en este sentido (y con una descripción del panorama jurisprudencial más rica de la que aquí se ofrece) REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “Peligrosidad criminal y Constitución”, *InDret*, n.º 3, 2008, pp. 13 y ss.

¹¹⁶⁴ Muy crítico con esta línea jurisprudencial se ha mostrado, por ejemplo, SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, p. 151, que ha calificado la argumentación del Tribunal Constitucional en este punto como “ciertamente desafortunada”. En particular, señala luego, “no es aceptable afirmar, sin matización ulterior, la lesión del principio *non bis in idem* en los casos de imposición conjunta de pena y medida, pues de este modo no sólo se olvida el distinto fundamento y función de una y otra respuesta al delito (...), sino que se pasa por alto el sentido del modelo vicarial o sustitutivo”.

¹¹⁶⁵ Seguramente sea este el sentido en que se deba interpretar a QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *El principio non bis in idem*, pp. 25 y ss., cuando señala que “la imposición conjunta de medidas de seguridad postdelictuales, las únicas constitucionales, y penas, solo será posible, sin infracción del principio de legalidad en sede de *non bis in idem*, cuando la pena y la medida sean de diferente naturaleza. Así es: siendo la pena criminal esencialmente afflictiva, sea cual fuere su finalidad, la medida no puede tener la misma naturaleza e idénticos fines. O, lo que es lo mismo, no cabe reputar constitucional la

este trabajo, se señala de forma reiterada por parte de la doctrina aquello de que el fundamento de la medida de seguridad es distinto del de la pena, pues en el primer caso la reacción estatal en cuestión se encuentra fundamentada en la peligrosidad del sujeto y no en su culpabilidad. Hemos señalado ya, no obstante, que esta afirmación es cuando menos imprecisa y seguramente tautológica. Analizada en detalle nos conduce a la conclusión de que tras esa afirmación late la grave confusión entre los conceptos de “presupuesto” y “fundamento”. El fundamento, decíamos, responde a la pregunta sobre el “por qué²” de una institución, mientras que el presupuesto se remite a las condiciones que deben darse para encontrarnos antes un escenario que legitime una concreta actuación. Así, decir que el fundamento de la medida de seguridad es la peligrosidad del sujeto es lo mismo que decir que al sujeto peligroso se le impone una medida de seguridad precisamente como consecuencia de tal peligrosidad. Lo correcto sería, sin embargo, asumir que la peligrosidad (como, por cierto, la previa comisión de un delito) no es más que un presupuesto o requisito que habilita la imposición de una consecuencia jurídica cuya fundamentación debe residir en otro punto¹¹⁶⁶.

Es cierto que este razonamiento conduce a una situación compleja: el fundamento de las penas y el de las medidas de seguridad de corte inocuizador se asemejan mucho (las divergencias se acrecientan, por el contrario, en lo que a sus presupuestos se refiere). Ambas se imponen con el propósito de evitar la comisión de ulteriores delitos, aunque según el caso hagan más o menos hincapié en una forma concreta de perseguir su objetivo. Dicho de otra forma: penas y medidas inocuizadoras persiguen a la postre un idéntico objetivo y su diferencia reside únicamente en la forma en que tratan de alcanzarlo.

En todo caso, aun cuando en ambos supuestos nos encontrásemos ante un mismo fundamento (lo que es discutible, pues al final se trata solo de precisar el grado de concreción o abstracción que demandamos de tal fundamento) no creemos que de ello se debiera desprender, sin más, que fuera esta una situación constitucionalmente proscrita. De hecho, creemos que le asiste la razón a MAÑALICH RAFFO cuando manifiesta que, dado que idealmente el legislador no se encuentra vinculado por el principio *ne bis in idem*

imposición de dos consecuencias jurídicas de índole aflictivo a cumplir sucesivamente derivadas de un mismo y único hecho”; aunque, en este caso, el empleo del concepto “naturaleza”, en lugar del de “fundamento”, genera algunas dudas sobre cuál habría de ser la recta interpretación de estas afirmaciones. Al fin y al cabo, resulta ciertamente difícil encontrar una medida de seguridad (aun de carácter terapéutico) que carezca de un (al menos en parte) inevitable componente aflictivo.

¹¹⁶⁶ Sobre estas consideraciones, en mayor detalle, vid. supra, nota 1153.

(dirigido al aplicador del Derecho), sería posible (y no necesariamente inadecuado) que el ordenamiento jurídico contemplase en distintos lugares diferentes formas de reacción frente al mismo hecho de la misma persona en atención a un mismo fundamento¹¹⁶⁷. En consecuencia, se debería sostener que “si hay base suficiente para atribuir al legislador la sobrevaloración de un mismo aspecto del objeto de juzgamiento, esa sobrevaloración no será interpretable como redundancia, sino como énfasis en su valoración peyorativa”¹¹⁶⁸. Ello no es óbice, como razonablemente apunta MAÑALICH RAFFO, para que dicha sobrevaloración pueda ser considerada rechazable. Ahora bien, no podrá serlo por contrariar el principio *ne bis in idem*, sino por contravenir algún otro estándar al que el propio legislador sí se deba hallar sometido (paradigmáticamente, el principio de proporcionalidad)¹¹⁶⁹. El problema de proporcionalidad constitucional radicaría en la “eventual desproporción del régimen de penalidad efectivamente validado por decisión legislativa”, mientras que nos encontraríamos ante un supuesto de *bis in idem* allí donde nos situáramos frente a “un régimen de penalidad acumulativa que —por redundancia— resulte excesivo ya bajo la respectiva representación legislativa”¹¹⁷⁰. El legislador sería libre, entonces, de optar por una única valoración íntegra del hecho o por un conjunto de valoraciones parciales que sumadas dieran como resultado la valoración íntegra. El límite, en todo caso, sería el del principio constitucional de proporcionalidad.

Todo esto, trasladado a la cuestión que ahora nos ocupa, debería llevar a redimensionar el debate. La acumulación de pena y medida (aun cuando compartieran fundamento) no vulneraría el principio *ne bis in idem*, como no lo hace, por cierto, la acumulación de pena de prisión y de multa en relación con un mismo tipo penal¹¹⁷¹. Ahora bien, aceptar que

¹¹⁶⁷ Así, MAÑALICH RAFFO, J. P., *Política criminal*, 2014, p. 549, sostiene que “la prohibición de punición múltiple no se ve quebrantada si la aplicación conjunta de las dos o más normas de sanción, cuyos supuestos de hecho se ven realizados de modo imputable por el comportamiento de una misma persona, expresa adecuadamente la magnitud de merecimiento de pena predicable del objeto de juzgamiento con arreglo a la representación legislativa”; opinión esta que fue previamente anticipada en MAÑALICH RAFFO, J. P., “El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15, 2011, p. 143.

¹¹⁶⁸ MAÑALICH RAFFO, J. P., *Política criminal*, 2014, p. 549.

¹¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 549.

¹¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 549.

¹¹⁷¹ Más problemático es si vulnera tal principio la acumulación de pena criminal y sanción administrativa, lo que, si bien a ojos de la jurisprudencia constitucional y doctrina absolutamente mayoritaria efectivamente ocurre, sería cuestionable en el planteamiento de MAÑALICH RAFFO. Para este último autor, si no lo entendemos mal, la decisión de acumular pena y sanción administrativa puede ser plenamente razonable cuando conjuntamente aluden a un mismo desvalor cuya magnitud

una regulación de esta naturaleza no contravenga tal principio no supone, *sensu contrario*, que esta sea aceptable en términos constitucionales. Una determinada regulación no se opondrá al principio *ne bis in idem*, pero ello nada dice sobre su plena adecuación al principio de proporcionalidad. Dicho de otra forma, el principio mencionado es solo una de las formas de protección de la proporcionalidad, pero hay otras.

En este sentido, resultan de gran interés las manifestaciones efectuadas en relación con un tema parcialmente similar por PÉREZ MANZANO. Esta autora sostiene, al analizar la compatibilidad de sanción, indemnización y recargo de prestaciones sociales desde un prisma constitucional, que, aun cuando se pudiera defender que en un caso concreto no tiene lugar una vulneración de la prohibición de incurrir en *bis in idem*, ello no sería óbice para que hubiera, al menos, otro obstáculo de carácter constitucional fuertemente vinculado a ella¹¹⁷². Así, aunque se negase la naturaleza sancionadora del recargo y se entendiera que este es puramente un remedio indemnizatorio “regiría la prohibición

no se ve excedida. Ahora bien, en nuestra opinión, en este punto tal planteamiento requiere una presunción de coordinación legislativa demasiado exigente para ser asumida. No es necesario ya solo presuponer que el legislador penal actúa de manera coordinada (lo que aun siendo discutible en el plano fáctico podría ser asumido en el plano normativo), sino que será necesario que se coordinase también con el legislador (¡y ejecutivo!) administrativo y, lo que es aún más difícil, que este último se encontrase a su vez coordinado. La suposición de coordinación del legislador administrativo en materia sancionadora va, en nuestra opinión, demasiado lejos. Esta supone partir de que en los (al menos) tres niveles de legislación administrativa española (estatal, autonómica y municipal) se da una perfecta coordinación y encaje del régimen sancionador. Si bien creemos posible sostener que el legislador penal actúa de forma coordinada, esto nos parece mucho más difícil de hacer cuando se combina con otros. ¿Responde a una lógica unitaria sancionar un mismo hecho penalmente, mediante una sanción administrativa estatal, otra autonómica y otra local? Es cierto que es fácil sortear esta argumentación sosteniendo que, en este caso, de producirse algún problema sería precisamente el de la vulneración de dicho estándar supra-legal de proporcionalidad y no el de la prohibición de incurrir en *bis in idem*. Sin embargo, si no estamos equivocados, no es viable sustentar la legitimidad de varias valoraciones legislativas de un mismo hecho (en el fondo una única valoración global del hecho, aunque dividida en distintos lugares) si no se presume la coordinación legislativa consciente y esta solo es contrafácticamente asumible hasta un determinado punto que, con mucho, se vería excedido en los casos de coordinación interlegislativa (y no intralegislativa); algo que, seguramente, también suceda en el caso de acumulación de sanciones nacionales e internacionales (paradigmáticamente, las comunitarias).

¹¹⁷² El “recargo de prestaciones sociales” se encuentra previsto en el art. 164 de la Ley General de la Seguridad Social. Dicho precepto establece que, en determinados supuestos vinculados de manera más o menos directa a la negligencia previa del empleador, “las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento”. Ello, antes de establecer en su apartado tercero que la responsabilidad por el recargo resulta “independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”. De este modo, en ocasiones sucede que junto a la indemnización abonada por el empresario por los daños producidos se añade esta suerte de “bonificación” por cuenta del empresario a lo que el trabajador recibirá de la Seguridad Social. Así, y más allá de las eventuales responsabilidades penales en las que pueda incurrir, el empresario “paga dos veces” y al menos una de ellas (la indemnización civil) se corresponderá, en principio, con el total del daño causados.

constitucional de exceso, o principio de proporcionalidad, de modo que la imposición cumulativa del recargo y la indemnización por encima de los daños y perjuicios ocasionados y una vez que se han impuesto las sanciones, vulnera el derecho a la propiedad del artículo 33 de la Constitución, porque implicaría una restricción desproporcionada del mismo”, carente de fundamento asumible¹¹⁷³. Y es que no debemos perder de vista que, aunque el análisis de la proporcionalidad penal cuenta con unas características propias, no suplanta ni desplaza el juicio de proporcionalidad constitucional que debe presidir la restricción de cualquier derecho fundamental, sino que, en todo caso, lo complementa. En el marco constitucional que delimita nuestro ordenamiento jurídico, sería posible mantener que una restricción de derechos acordada por un órgano jurisdiccional penal no infringe el principio de proporcionalidad criminal (por no computar a estos efectos, por ejemplo, la medida de seguridad), pero sí el principio de proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales.

De este modo, el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) que es el que más directamente se encuentra afectado por la acumulación de penas y medidas podría ser restringido de forma desproporcionada, aun cuando por unos u otros motivos se considerase que el principio de proporcionalidad penal no ha sido infringido. En este sentido, consideramos incorrecto concebir el principio general de proporcionalidad como el género y el principio de proporcionalidad penal como la especie. Ambos son, más bien, principios con un ámbito propio de aplicación y otro compartido. A favor de esta hipótesis habla el hecho de que el principio de proporcionalidad penal (más o menos depurado) sea previo a la Constitución y se encuentre tradicionalmente ligado a la comparación entre, por un lado, la magnitud de la pena y, por otro, la magnitud del injusto culpable (asociado, pues, a un principio de culpabilidad también de corte preconstitucional)¹¹⁷⁴. Es cierto que

¹¹⁷³ En este sentido, PÉREZ MANZANO, M., *Actum social. Actualidad Mementos (Ediciones Francis Lefebvre)*, p. 32, señala que “de un lado, carecería de fundamento punitivo el exceso de indemnización que ya se habría tenido en cuenta para imponer la sanción y que no podría volver a imponerse sin vulnerar la prohibición de bis in idem, y, de otro, no podría afirmarse que su fundamento se asienta en la reparación del daño, que ya se habría resarcido mediante la indemnización. Por tanto, la prohibición de enriquecimiento injusto se traduciría en una vulneración del derecho de propiedad por haberse impuesto una consecuencia jurídica —el recargo— que la limita sin un fundamento razonable”.

¹¹⁷⁴ Al fin y al cabo, como recuerda BUSTOS RAMÍREZ, J. J., “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, n.º 7, 2006, p. 2, la teoría penal y la dogmática comienzan a formarse en el siglo XIX, época en la que los derechos humanos no se hallaban, ni mucho menos, debidamente desarrollados.

este principio puede mutar, de muchas formas y por diversas causas, con la aparición de la Constitución¹¹⁷⁵. Sin embargo, que la Constitución demande un principio general de proporcionalidad en la intervención estatal sobre cada uno de los derechos fundamentales, especialmente cuando hablamos del derecho a la libertad (art. 17 CE), no puede suponer desplazar el principio estrictamente penal (tenga o no, además, rango constitucional) de proporcionalidad¹¹⁷⁶. Ambos deben ser tenidos en cuenta, pero ello no tiene por qué llevar a un nuevo principio que los comprenda a ambos, ni a que uno se imponga frente al otro. Dicho de otro modo, el principio de proporcionalidad penal no es una manifestación específica del principio constitucional de proporcionalidad en materia penal, sino un principio más.

Es de sobra conocido el canon de proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales que, desde antiguo, viene manejando el Tribunal Constitucional. En este sentido, para que tal limitación sea admisible en términos constitucionales será necesario que la intervención en cuestión sea necesaria, idónea y proporcional (*stricto sensu*)¹¹⁷⁷. Ahora bien, una vez más, aquí es posible que la “trampa” se encuentre en un análisis de la proporcionalidad de una intervención que fragmente esta en partes que, por separado,

¹¹⁷⁵ Y es que, como recuerda GÄRDITZ, K. F., *Staat und Strafrechtspflege*, pp. 12 y ss. y p. 86, el Derecho penal cuenta con un papel especial en el ámbito del Derecho constitucional, que obedece, razonablemente, a que su previa y elaborada construcción doctrinal debe ser ajustada a las exigencias del Estado constitucional que vendría después. Quizás la mutación más importante en este ámbito sea, en terminología de VON HIRSCH, la de la reubicación de la proporcionalidad cardinal, esto es, la de cuál es el castigo más grave que una sociedad democrática puede infligir al delincuente. Cuanto más bajo sea el nivel de la tolerancia de la sociedad a los castigos extremos menos espacio habrá para ordenar (proporcionalidad ordinal) las distintas infracciones en atención a su gravedad. Vid., para mayores consideraciones acerca de los conceptos “proporcionalidad ordinal” y “proporcionalidad cardinal” y su forma de interrelacionarse, BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena*, pp. 244 y ss.

¹¹⁷⁶ Precisamente por eso resultan tan interesantes las consideraciones que, al hilo de la interpretación del art. 25 CE, efectúa HUERTA TOCILDO, S., “El derecho a la legalidad penal”, pp. 912 y ss., cuando aclara que “[b]ajo la rúbrica de ‘Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas’, el art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reproduce en sus dos primeros apartados el contenido del art. 7 del Convenio europeo e incorpora, además, un tercer apartado no incluido en dicho precedente por el que se establece que la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción, dando así acogida al principio de proporcionalidad entre las respectivas gravedades de la infracción penal y de la pena por ella imponible”, lo que “avala la existencia de una estrecha conexión entre los principios de legalidad y de proporcionalidad en el ejercicio del *ius puniendi* (y, consiguientemente, la posibilidad de invocación de este último en amparo por la vía del art. 25.1 CE) por más que conceptualmente quepa establecer distinciones entre ambos”. De esta forma, cabría extraer un principio de proporcionalidad penal de dicho precepto; principio que no sería obstáculo, como después apunta, para que igualmente se pudiera alegar la vulneración de otros derechos fundamentales por su restricción desproporcionada (p. 913).

¹¹⁷⁷ Vid. supra, nota 443.

sean proporcionales, pero no así en su conjunto. La intervención penal sobre un sujeto es una intervención global y es así como debe ser analizada la proporcionalidad de la misma¹¹⁷⁸. No es posible segregar y acotar el daño que una determinada intervención hace sobre un concreto sujeto por la sencilla razón de que este es solo uno y la acumulación de distintas sanciones da lugar a un efecto sinérgico que genera un daño mayor que el producido por la suma de cada una de sus partes; lógica, por cierto, que podría estar detrás del fundamento de buena parte de las soluciones que nuestro ordenamiento dispensa a los concursos de delitos.

Quizás con un ejemplo resulte más sencillo comprender lo que ahora tratamos de transmitir. Si un sujeto determinado comete un delito sancionado con una pena de dos a cuatro años y concurren circunstancias que hacen adecuado aplicar la máxima pena posible no se vulnerará el principio de proporcionalidad penal. Ahora bien, si este mismo sujeto hubiera sufrido dos años de prisión provisional y estos no fueran abonados a la condena (contra lo que establece nuestra regulación vigente) resulta evidente que nos encontraríamos ante una restricción excesiva de la libertad¹¹⁷⁹. No habría afrenta alguna al principio de proporcionalidad penal que mira a la sanción (y no a las medidas cautelares), pero, sin duda, se trataría, por otros motivos vinculados a la infracción del genérico principio de proporcionalidad constitucional, de una restricción de la libertad desproporcionada¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁸ Es posible que razonamientos similares se hallen ínsitos en buena parte de aquellos autores que se consideran “dualistas flexibles”; esto es, que se declaran partidarios de una acumulación no irrestricta de penas y medidas. Pensamos, por ejemplo, en el caso de SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad*, pp. 44 y ss., que se manifiesta favorable a imponer penas y medidas de seguridad a sujetos especialmente peligrosos, pero contrario a una “simple acumulación (...) que lesionaría el principio de proporcionalidad”. Sin embargo, resulta ciertamente difícil encontrar límites concretos a la acumulación en los defensores del dualismo flexible que, generalmente, se mantienen en el plano abstracto de considerar lícito acumular ambas sanciones tomando en consideración que las dos serán conjuntamente adoptadas, pero sin explicar cómo se hace eso de manera efectiva. En ocasiones se habla, por ejemplo, de una “amplia sustituibilidad” entre penas y medidas sin concretar en qué términos procedería tal sustitución.

¹¹⁷⁹ Así, como señala QUINTERO OLIVARES, G., “Monismo y dualismo”, p. 660, la regulación de la prisión provisional en nuestro Código aporta argumentos en distintas direcciones. Por un lado, se declara expresamente que la prisión provisional no es una pena (art. 34.1 CP), pero, por otro lado, se regula expresamente la manera en que se deberá abonar a esta el tiempo de privación de libertad. Y es que, como sigue razonando el autor citado, cuando hablamos de penas, medidas de seguridad y prisión provisional, parece claro que “en algo se parecen las tres, y es que suponen la pérdida de la libertad, al margen de la explicación que se quiera dar”.

¹¹⁸⁰ De este ejemplo es sencillo salir argumentando que la prisión provisional es materialmente una pena. Ahora bien, resulta patente que su fundamento es muy disímil al de esta (más diferenciable, en

En todo caso, y para concluir en lo relativo a este apartado, el Tribunal Constitucional ha dado ya una respuesta discutida y discutible (pero vinculante para el legislador y el aplicador del Derecho) acerca de la cuestión de acumulación de penas y medidas y su (in)compatibilidad con el principio *ne bis in idem*. Aun si se prescinde, no obstante, de tales pronunciamientos, hemos de reconocer que sería posible encontrarnos ante un supuesto contrario a tal principio (la eventual identidad de fundamento es, desde luego, una cuestión más que controvertible). Pero, en todo caso, y esto es lo más importante, incluso aunque se mantuviera que la acumulación de penas y medidas no supone incurrir en *bis in idem*, lo cierto es que ello no zanjaría la cuestión acerca de si nos encontramos ante una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente proscrita. Sea así porque, aunque el principio *ne bis in idem* no vincule al legislador, sí lo hagan otros (MAÑALICH RAFFO), o porque, aunque efectivamente lo sujete, esta no sea su única vinculación (PÉREZ MANZANO), lo cierto es que el eventual respeto a este principio no agota el debate sobre la constitucionalidad de este tratamiento jurídico-penal.

En este sentido, cobra importancia ampliar estas consideraciones al hilo de algunos de los argumentos esgrimidos por PÉREZ MANZANO para sostener, como decíamos, que la acumulación de recargo, sanción e indemnización no debería ser necesariamente asumida como legítima. Este modo de proceder nos pondrá sobre la pista de alguna de las complicaciones (y soluciones) de la acumulación de penas y medidas. Así, cuando la mencionada autora analiza la figura del ordenamiento laboral del recargo de prestaciones y su compatibilidad con otras sanciones manifiesta que su concepción como “mixta” (sanciona, pero también repara e indemniza) por parte de la doctrina laboralista genera algunas distorsiones. De esta forma, caracterizar la institución como mixta para compatibilizarla con otras respuestas jurídicas hace que “la adición de componentes no sancionadores en la definición y configuración de la institución” no tenga como resultado “la suma de garantías, las requeridas para cada uno de los elementos que la configuran, sino que produce el efecto contrario, la resta o merma de garantías”¹¹⁸¹. De manera más general, se podría decir que “cuando se configura una institución como mixta, las garantías anudadas a uno de los elementos configuradores de la misma quedan bloqueadas frente a la aplicación del régimen constitucional que rige la institución a partir de los otros

cualquier caso, que el de una medida de seguridad inocuizadora). Si en este caso se asumiera la infracción de la proporcionalidad penal, ¿por qué no en relación con las medidas de seguridad?

¹¹⁸¹ PÉREZ MANZANO, M., *Actum social. Actualidad Mementos (Ediciones Francis Lefebvre)*, p. 32.

elementos configuradores”¹¹⁸². Sin embargo, tal y como apunta la citada autora, tal forma de razonar no debería ser aceptada desde un enfoque centrado en las perspectivas constitucionales. Lo correcto, por el contrario, es sostener que “si de lo que se trata es de garantizar al ciudadano ámbitos de libertad frente al poder público, cuando se da una situación como la descrita respecto de la que se trata de determinar cuál es el régimen constitucional aplicable, no resulta ni mucho menos claro que exista una regla de preferencia a favor de la solución menos garantista, pues bastaría con configurar una institución de forma mixta para eludir el régimen de garantías constitucionales”¹¹⁸³.

Un planteamiento como este podría ser perfectamente extrapolable a la cuestión de la acumulación de penas y medidas de seguridad en un mismo sujeto. Si bien quizás resulte más fácil evaluar el carácter mixto de una institución concebible como unidad (por ejemplo, el recargo de prestaciones sociales o el tributario), lo cierto es que no debemos perder de vista el hecho de que el tratamiento jurídico-penal que se dispensa al sujeto es, a su vez, perfectamente delimitable como una unidad si se contempla desde una perspectiva global. Sería esta una unidad que podríamos etiquetar de “respuesta penal al hecho” y que podría contener en su precisa concreción distintas formas de restricción de derechos. Que todas ellas convivieran en el seno de esta “respuesta penal al hecho” no debería llevarnos a considerar aceptable la volatilización de muchas de las garantías con las que, por separado, cada una de estas formas de restricción de derechos cuenta. De esta forma, como anunciábamos al comienzo de este epígrafe, mantener que dos instituciones son diferenciables no sería suficiente para considerar la “nueva” restricción de derechos (la suma de pena y medida) como desligada de los límites con los que antes contaba cada uno de sus componentes.

VIII. La función preventiva del Derecho penal: distintas vías de “acumulación”

Expuesto todo cuanto antecede, alcanzamos otro punto importante del estudio que aquí se presenta. Si penas y medidas de seguridad de corte inocuidador desempeñan, básicamente, una misma función, si los criterios de distinción entre unas y otras son excesivamente toscos y si, pese a ello, de la atribución de una u otra calificación se derivan (de forma no del todo correcta) importantes consecuencias, ¿qué podemos hacer?

¹¹⁸² *Ibíd.*, p. 32.

¹¹⁸³ *Ibíd.*, p. 32.

Quizás el afán restrictivo de páginas anteriores genere la sensación de que en este trabajo se plantea una suerte de “enmienda a la totalidad” a la toma en consideración de la peligrosidad criminal en el seno del Derecho penal. Esto no sería, sin embargo, correcto. La crítica a un empleo excesivo y desmedido del sistema penal frente a la peligrosidad de los autores de delitos no debe conducir a defender el extremo contrario que, seguramente, no sería ni político-criminalmente realista, ni jurídicamente adecuado. Negar que la peligrosidad criminal deba ser, como parece suceder últimamente, el motor que impulse el Derecho penal no implica desecharla completamente de las preocupaciones a las que, hasta cierto punto lícitamente, el Estado puede responder a través de su ordenamiento penal.

Un ineludible punto de partida pasa por reconocer que la gestión del conflicto social por parte del Estado no es una facultad dispositiva. Este puede contar con mecanismos para evitar la aparición del conflicto (o perturbación, o como se le quiera llamar), pero una vez que emerge no hay alternativa a su gestión por acción u omisión¹¹⁸⁴. El Estado puede decidir si prefiere suministrar un cauce jurídico y formalizado para articular la resolución del problema o si, por el contrario (con su omisión), delega en la propia sociedad esta labor que, de forma generalmente flexible y, por ende, más peligrosa, buscará el mecanismo por el cual superar el problema¹¹⁸⁵. En este sentido, tiene razón KAISER, como se apuntó en la introducción de este trabajo, cuando sostiene que el Estado no puede decidir si aborda un determinado conflicto, sino tan sólo cómo hacerlo¹¹⁸⁶. Desde esta perspectiva son extraordinariamente sensatas las posiciones de quienes defienden la intervención del Derecho penal como mecanismo para reducir la violencia social (como un “todo”) y no solo aquella que tiene su origen en la actividad delictiva¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁴ Es en este estadio previo a la aparición del conflicto en el que tiene sentido preguntarse si resulta preferible adoptar una política criminal reactiva (que espera a la aparición de la conducta dañina) o una de carácter proactivo (que pretenda adelantarse a este momento). El debate acerca de cuál de las dos opciones resulta preferible ha sido ya someramente presentado. Vid. supra, notas 29 y ss. y texto al que acompañan.

¹¹⁸⁵ Así, conviene recordar con KAISER, G., *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, p. 30, que “la Justicia es solo uno de los actores del control social, el Derecho es solo un medio de entre los varios sistemas de normas sociales, la infracción del Derecho constituye solo una parte de todos los comportamientos desviados y, finalmente, la pena conforma solo una de las muchas posibilidades de sanción”.

¹¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 1.

¹¹⁸⁷ Crítico con esta clase de planteamientos se muestra, sin embargo, FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, pp. 188 y ss., al considerar que estos justifican “el monopolio de la fuerza

En este punto, es preciso reconocer ya que la peligrosidad (o, más concretamente, su manifestación) genera, por supuesto, un conflicto social, de manera que, tal y como acabamos de decir, el Estado ha de tomar una decisión al respecto. Ha de decidir si lo aborda por sí mismo (mediante un cauce formalizado y razonablemente garantista) o si, por el contrario, delega en la sociedad la gestión de la situación. Dicho en la terminología de JAKOBS, el ordenamiento debe decidir si mantiene en la sociedad una firme expectativa de seguridad (recurriendo, si es preciso, a intervenciones puramente cognitivas sobre determinados sujetos) o si, en cambio, asume una cierta disonancia entre las expectativas normativas de que determinados sujetos ajusten su comportamiento a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y la expectativa cognitiva de que no lo harán¹¹⁸⁸. Las decisiones aquí, como en prácticamente cualquier entorno, no son neutras e implican una concreta configuración y distribución de los costes. La primera vía de solución asigna la mayor parte del coste del riesgo delincuenciales al sujeto del que tal riesgo se predica. La segunda atribuye el coste con carácter prioritario al resto de la sociedad e irremediamente a las potenciales víctimas, lo que puede dar lugar a medidas de autoprotección tan variadas como la formación de agrupaciones civiles de autodefensa o la evitación de determinados lugares y horarios para transitar por espacios públicos, la contratación (por parte de quien pueda y quiera costeárselo) de servicios de seguridad privados, etc. Entre ambos extremos se encontrará un saludable espacio intermedio para cuya concreta fijación la política criminal y la filosofía política y jurídica tienen mucho que decir; un punto en el que el Estado garantice una seguridad cognitiva básica, que permita una vida en condiciones de “normalidad”, pero que no conduzca a una sociedad infantilizada (e inevitablemente autoritaria) que considere el mundo en su conjunto un lugar del que pueda esperar una

y el correspondiente uso de violencia y coacción por parte del Estado para cumplir los deberes que tienen asignados, pero no el papel que le corresponde específicamente a la pena”.

¹¹⁸⁸ Así, sostiene JAKOBS, G., “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 64 y ss., en este punto con acierto en su descripción (no ya en las consecuencias que de ella deriva), que “[l]a separación entre vigencia del ordenamiento jurídico y seguridad de los bienes tan sólo es una verdad a medias; la otra mitad se refiere a la unión entre ambos elementos. Una expectativa contrafáctica sólo podrá mantenerse si no amenaza seriamente la pérdida de partes significativas del bienestar: pues de lo contrario, el tratamiento del hecho como injusto sólo realiza una prestación para quien tiene la expectativa si éste tiene una actitud heroica o de mártir; y son pocos los héroes y los mártires. Cuanto más pese un bien, más seguro habrá de estar para que no se rompa la prestación de orientación desde la expectativa normativa hacia una expectativa que ya (sólo) es cognitiva: se recurre a la autoprotección, por ejemplo, no yendo ya a pasear a determinados lugares por miedo a un asalto, o encadenando triplemente la bicicleta por miedo a la sustracción”.

seguridad total¹¹⁸⁹. Se trata, en definitiva, de un punto en el que se produzca una distribución razonable de costes (de libertad y de seguridad). Para llegar a este lugar, parece claro, es necesario tomar en consideración esencialmente cuestiones de carácter valorativo¹¹⁹⁰. Entre ellas ocupa un lugar destacado la Constitución, pero también la filosofía política¹¹⁹¹.

Así, decíamos antes que la peligrosidad criminal es también una perturbación y que, por tanto, el Estado está en disposición de reaccionar de algún modo frente a ella (activa u omisivamente). Sugeríamos también que una sociedad que no garantizase un mínimo de seguridad cognitiva frente a esta perturbación no sería una sociedad libre (por mucho que las restricciones a la libertad pudieran proceder de las autorrestricciones de potenciales víctimas). El Estado debe, por tanto, gestionar parcialmente este conflicto, de ello no cabe duda¹¹⁹². De hecho, cuando analizábamos antes la “aparición” de las medidas de seguridad, ya decíamos que es esta una función que el Estado ha desarrollado a lo largo del tiempo, de distintas formas, desde hace muchos siglos. Es más, quizás se podría sostener que con la evolución del Estado se ha producido una redistribución de la protección frente a los riesgos de los que este protegía a sus ciudadanos. Así, en un

¹¹⁸⁹ En este sentido, apunta certeramente PEÑARANDA RAMOS, E., *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, p. 432, que es preciso que el Estado garantice “un mínimo de observancia fáctica” del Derecho recurriendo si es preciso a la fuerza instrumental o a la amenaza de la pena. Este objetivo, como razona el autor citado, no puede ser el principal en un ordenamiento jurídico que se presenta a sí mismo como legítimo. Sin embargo, esta “mínima observancia fáctica” desempeña un trascendente papel auxiliar.

¹¹⁹⁰ Esto, por supuesto, no quiere decir que lo empírico carezca aquí de relevancia, todo lo contrario. Los conocimientos de carácter empírico (en este punto esencialmente, pero no solo, criminológicos) resultarán imprescindibles para dibujar el mapa fáctico en el que se deba tomar la decisión valorativa. Lo fáctico, aquí, supone el presupuesto de la decisión valorativa. Una incorrecta comprensión de la dimensión fáctica de la realidad hará que la decisión valorativa que se tome (por bien fundamentada que se encuentre) no satisfaga los objetivos que pretendía alcanzar. Dicho en términos ejemplificativos (y necesariamente ficticios): si una sociedad dada llegara a la conclusión de que está dispuesta a consentir cincuenta agresiones sexuales anuales a mujeres porque justo en ese punto se alcanza el nivel de libertad que se quiere garantizar con un nivel también razonable de seguridad sería preciso poder calcular debidamente el factor seguridad de la ponderación (el de la libertad es más difícilmente reconducible a términos empíricos). Para ello sería necesario conocer el número de agresiones que se producen y el nivel de inseguridad que generan. En la ponderación libertad/seguridad poco tiene que decir lo empírico sobre el valor que concedemos a los factores, pero bastante sobre cómo son estos y, dado que se trata de una ponderación, basta con alterar cualquiera de estos elementos para alterar la ponderación en su conjunto.

¹¹⁹¹ KERTAI, B., *Sicherheit, Risiko und Opferschutz*, p. 128.

¹¹⁹² Por ello, coincidimos con FRISCH, W., *InDret*, 2007, pp. 22 y ss., en la existencia de un “deber de protección elemental del Estado” y en que “el Estado no estaría cumpliendo con su función si renunciara completamente a concepciones de prevención especial”.

momento inicial la inocuización de los sujetos peligrosos era radical, pero con el paso del tiempo (y el reconocimiento de derechos y libertades) esta se restringió enormemente. De forma paralela, el Estado debió empezar a proteger a la sociedad de nuevos riesgos derivados de las también nuevas actividades económicas. Lo cierto, sin embargo, es que, en relación con la protección de los ciudadanos frente a otros riesgos humanos, nos hallamos ahora inmersos en un movimiento pendular que vuelve a reevaluar la distribución de costes y considera excesivos aquellos que se han hecho cargar sobre la colectividad entera. De este modo, en los últimos años parece que el nivel de tolerancia al “riesgo de origen humano” se ha visto enormemente mermado¹¹⁹³.

Así pues, no reaccionar estatalmente frente a la peligrosidad criminal no es una posibilidad. Tiene razón, entonces, ZIFFER cuando sostiene que, en lo que respecta a la cuestión de los delincuentes reincidentes peligrosos, “se trata de un problema a ser resuelto también jurídicamente, y una renuncia completa a toda injerencia estatal en supuestos de estas características no parece ser una opción realista, al menos en la actualidad”¹¹⁹⁴. Las preguntas difíciles, en cambio, siguen en pie: ¿hasta qué punto y de qué manera hacerlo? La segunda cuestión tiene una respuesta tan sencilla como poco concreta: de la manera que siendo efectiva sea menos lesiva de derechos (esto es, proporcionada). La primera cuestión, en cambio, no tiene respuestas sencillas. En todo caso, es importante señalar algunas cuestiones especialmente en lo que se refiere al ordenamiento español (y otros similares).

Comprobábamos al comienzo de esta investigación que el ordenamiento penal español no es (ni ha sido nunca) insensible al problema de la peligrosidad criminal, cuyo tratamiento ha permeado las más variadas instituciones jurídicas¹¹⁹⁵. Por ello, no es correcto decir, como a veces se ha hecho, que nuestro ordenamiento no contemple formas de “lucha” contra la peligrosidad criminal. Que la que adopta nuestro ordenamiento sea, sin embargo, la vía más correcta de hacerlo es ciertamente discutible. En concreto, es preciso tener en cuenta que (más allá ahora de otras instituciones) el ordenamiento jurídico español ha contemplado tradicionalmente la peligrosidad a la hora de fijar la pena

¹¹⁹³ Vid., a este respecto, *supra*, nota 358.

¹¹⁹⁴ ZIFFER, P., *Medidas de seguridad*, p. 68.

¹¹⁹⁵ Vid. *supra*, Capítulo I, epígrafe II.

a imponer y, muy particularmente, a la hora de ejecutarla¹¹⁹⁶. De tal suerte que no es aventurado decir que a los sujetos imputables peligrosos se les castiga más (y más severamente) que a los que no lo son.

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico ya contempla (desde hace siglos) la manera en la que gestionar, de algún modo, la peligrosidad de los autores de delitos. Sin embargo, se señala reiteradamente que no contábamos hasta el año 2010 con un mecanismo (la libertad vigilada) específicamente orientado a esta clase de cometidos. En todo caso, parece razonable pensar que cuando una medida se orienta a gestionar específicamente la peligrosidad criminal, esta desplace aquellas otras que de modo fragmentario ya lo hacían¹¹⁹⁷. No puede suceder que “la misma peligrosidad” se tenga en cuenta varias veces desde distintas perspectivas y no se esté llevando a cabo una restricción excesiva de derechos. Dicho con claridad, lo coherente sería que si se opta por las medidas de seguridad a la hora de gestionar la peligrosidad de un sujeto esta dejara de ser tenida inmediatamente en cuenta a la hora de fijar la concreta pena. De hecho, esta es una de las ventajas que los defensores de los sistemas dualistas, con más o menos razón, predicán de él: el control de la exacerbación punitiva.

El marco constitucional en el que nos hallamos no muestra preferencia clara por una u otra vía, lo que sí que impone es la obligación de decantarse por una u otra, pues en caso contrario se estará llevando a cabo una restricción desproporcionada de derechos. Lo curioso es que, en la actualidad, el sistema español no es ni monista, ni dualista: ¡es las dos cosas a la vez!¹¹⁹⁸ Esto es algo en lo que no ha reparado debidamente parte de la doctrina. Si el Código penal de 1995 consagraba el sistema monista en nuestro

¹¹⁹⁶ Tiene, en definitiva, razón SEITÚN, D. I., *El agresor sexual: peligrosidad y persona*, p. 43, cuando señala que “el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer un delito es un factor que, ineludiblemente, es tomado en consideración en diversos aspectos vinculados a la imposición de la pena y su ejecución. Ello, aunque en algunos casos se opte por llamar a las cosas de otro modo utilizando expresiones más amigables”.

¹¹⁹⁷ Vid., a este respecto, BORJA JIMÉNEZ, E., *Nuevo Foro Penal*, pp. 145, 149 y 151. Todo ello, con la excepción del régimen de ejecución de la pena que, por sus particularidades y orientación resocializadora, ha de atender con carácter preferente a esta suerte de cuestiones.

¹¹⁹⁸ Por supuesto, esto implica alguna fricción terminológica, pues cada uno de estos sistemas presupone que no se den los requisitos que caracterizan al otro (son los “elementos negativos” de su definición). En todo caso, la afirmación efectuada pretende solo desempeñar una función expresiva de esta incoherencia. De este modo, se han sumado restricciones de libertad a lo largo del tiempo sin reparar en el difícil encaje dogmático (y, lo que es más importante, constitucional) que tenían las nuevas piezas sobre un sistema concebido sobre bases diferentes.

ordenamiento (como tantas veces se dice), la implantación correcta del sistema dualista solo podía llevarse a cabo desprendiéndose antes nuestro Código de la parte del monismo que respondía a la peligrosidad criminal. Eso no sucedió. De manera que en lugar de desprendernos del monismo y sustituirlo por el dualismo, lo que se hizo fue implantar un sistema dualista sobre uno monista previamente dado¹¹⁹⁹. Esto no supone, en puridad, sustituir el monismo por el dualismo, sino la convivencia de ambos sistemas. La inclusión de medidas de seguridad para responder a la peligrosidad solo sería lícita, dejando al margen ahora otras modificaciones legislativas que serían también necesarias, con una previa reducción de las penas (en la medida “exacta” en la que se gestione en ella la peligrosidad criminal). De este modo, ha sostenido correctamente SANZ MORÁN, que “si pretendemos que la peligrosidad criminal se combata exclusivamente a través de medidas específicas, ello deberá ir acompañado de una sensible disminución de la intensidad de las penas”¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁹ En alguna medida, parece apuntar en esta dirección SANZ MORÁN, A. J., *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 113, cuando señala que con la introducción de la libertad vigilada en nuestro ordenamiento “no se produce un cambio significativo en la respuesta frente al delincuente contumaz, que sigue abordándose, fundamentalmente, a través de la intensificación de la respuesta estrictamente penal (...) esta Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, mantiene inalterada la situación anterior en lo que se refiere a los límites máximos de cumplimiento de penas, de carácter ‘efectivo’ cuando concurren los presupuestos del artículo 78 CP; no modificándose tampoco las previsiones relativas a la exasperación de la pena en los casos de multirreincidencia, ni removiéndose los obstáculos para el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional. Así pues, esta ley no introduce, en último término, modificación alguna en relación al amplio elenco de reformas acaecidas en el año 2003, de marcado carácter defensivo y que han merecido una valoración crítica generalizada por parte de la doctrina”. También llegó a una conclusión semejante al analizar el entonces proyecto JORGE BARREIRO, AG., *Libertas*, p. 194. En un sentido ciertamente similar parece señalar también BENITEZ ORTÚZAR, I. F., “El peligroso retorno al Derecho penal de la peligrosidad”, p. 947, cuando destaca que la implementación de este primer rasgo de carácter dualista se ha desarrollado en un Código penal de estructura decididamente monista. De igual modo, apunta MARAVER GÓMEZ, M., “Algunas reflexiones sobre el sistema dualista”, p. 1466, que países como España han incluido un principio dualista mientras han profundizado en la vía monista. En resumen, y como indica FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada”, pp. 236 y ss., desde la reforma de 2010 en nuestro sistema convive un Código penal de orientación monista con los primeros rasgos de uno de corte dualista. Todo lo señalado resulta aún más llamativo en lo relativo a la propuesta legislativa (finalmente no materializada) por la que se planteó la posibilidad de incluir en nuestro ordenamiento la custodia de seguridad. Como ha apuntado BONSIGNORE FOUQUET, D., *Revista de Derecho penal y Criminología*, p. 28, tampoco en este caso a la inclusión del nuevo instituto seguía rebaja penológica alguna, lo que manifiesta que el propósito del legislador no era *sustituir* un sistema por otro, sino *complementarlos* entre sí.

¹²⁰⁰ SANZ MORÁN, A. J., “Las medidas de corrección y de seguridad: un balance”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, p. 1562.

Se apuntaba antes la idea de “acumular los límites”¹²⁰¹. Entonces queríamos decir que al sumar penas y medidas de seguridad al sujeto responsable no se le debe privar de libertad por el delito culpable más allá del límite de su culpabilidad, aunque fuera con el propósito de contener su peligrosidad. La idea es que la respuesta a la peligrosidad podría jugar dentro de ese marco y que, a su vez y como es lógico, el específico tratamiento de la peligrosidad criminal no podría durar más de lo que perviviera esta; todo ello porque el derecho fundamental afectado (libertad) no podría ser atacado desde distintas perspectivas obviando que eso ya se estaba haciendo por otras vías. No hay una libertad distinta para cada restricción, sino una libertad que previamente ha sido cercenada y a la que cada nueva restricción (con un fundamento, al menos, parcialmente compartido) se añade.

Lo que sostenemos ahora es la existencia de otro límite distinto (aunque estrechamente relacionado) en lo que al tratamiento del imputable peligroso se refiere. No se trata solo de “acumular los límites” del principio de culpabilidad por el hecho y de la peligrosidad criminal (es decir, tenerlos todos en cuenta a la vez y respetarlos en lugar de difuminarlos), sino de que si se pretende hacer ambas cosas (reaccionar frente a la peligrosidad y frente a la culpabilidad) es preciso asegurarse de que una categoría no “contamina” la otra. Esto es, dicho de otro modo: la acumulación de límites para evitar la transgresión de cualquiera de ellos solo tiene sentido cuando cada uno de esos límites se circunscribe a su propia lógica. Si la respuesta en forma de pena frente al delito ya incorpora consideraciones referidas a la peligrosidad, el límite derivado de la culpabilidad por el hecho no se está, en principio, respetando ya de entrada por mucho que no se le sume ninguna otra reacción. En consecuencia, para respetar este principio sería necesario, en caso de que se quisiera aplicar una medida de seguridad, no contemplar también los factores de peligrosidad que se encuentran comprendidos en ella. Dicho de otro modo: no cabe aplicar una pena en toda su extensión y, además, una medida de seguridad por la sencilla razón de que la peligrosidad criminal del sujeto se estaría contemplando doblemente para configurar la pena y para imponer la medida de seguridad¹²⁰².

¹²⁰¹ Vid. supra, Capítulo IV, epígrafe VII.

¹²⁰² En este sentido BORJA JIMÉNEZ, E., *Nuevo Foro Penal*, p. 151, cuando sostiene que “el principio de prohibición de la doble valoración no permitirá al juzgador que el pronóstico positivo de reiteración criminal en el futuro del reo endurezca su sanción y esa misma fundamentación se utilice para aplicar una medida de libertad vigilada tras el cumplimiento de la condena”.

De este modo, damos con un segundo límite (lógico, pero también axiológico) al tratamiento del imputable peligroso. Junto al “principio de acumulación de límites” se encontraría, así, un “principio de no contaminación”. Claro es que cualquiera de estos límites, en su concreta configuración, carece de un carácter inmutable y sus contornos se pueden ver modificados por consideraciones político-criminales (y no digamos ya constitucionales) que reevalúen la magnitud de determinados injustos o el grado de peligrosidad que la sociedad está dispuesta a asumir. Pero ninguno de estos cambios en lo que se refiere a los dos principios modificarían en nada lo aquí dicho. No pueden desbordarse ninguno de los límites por separado (se fijen donde se fijen estos), ni puede haber una contaminación entre el contenido de ambos que sea contraria a la propia lógica de cada una de las limitaciones si queremos decir que tales límites en verdad se respetan.

Dicho esto —es decir, aclarado el modo en que la atención a ambas cualidades (culpabilidad y peligrosidad) deben convivir— es momento de explorar otras alternativas. Sobre las distintas posibilidades de acumulación de penas y medidas es verdaderamente interesante el planteamiento efectuado por EXNER estableciendo un paralelismo con las soluciones que a distintos injustos emparentados ofrece el ordenamiento en los supuestos de relaciones concursales entre delitos. Así, dice el mencionado autor, en principio las posibilidades son tres: que el tratamiento de una de ellas absorba el de la otra (curso de leyes), que el tratamiento de una de ellas deba exasperarse en alguna medida para dar debida cuenta del problema que las dos representan (curso ideal de delitos), o que deban tratarse ambas cualidades por separado sin que una interfiera de ningún modo en la otra (curso real)¹²⁰³. Esta formulación del problema tiene la enorme fortuna de que, más allá de su evidente plasticidad, permite orientar el debate de nuevo al aspecto de la proporcionalidad, que debe limitar tanto la cuestión concursal como la de la eventual acumulación de diversas instituciones jurídicas con fundamentos, al menos, parcialmente coincidentes.

Si esta última presunción se asume (la del fundamento siquiera parcialmente coincidente) parece que deberíamos descartar la opción de la acumulación propia del curso real y que el debate se centraría en si una sola de estas consecuencias (en concreto, la pena) puede absorber toda la perturbación social (injusto, cuando de concursos hablamos) o si

¹²⁰³ EXNER, F., *Die Theorie der Sicherungsmittel*, pp. 198 y ss.

requiere de alguna exasperación mayor o menor que permita responder de forma adecuada con una única reacción tanto a la peligrosidad de un sujeto como a su culpabilidad.

En este punto (como, por cierto, sucede con las propias resoluciones de las problemáticas concursales) no cabe suministrar una respuesta concreta sin atender al ordenamiento jurídico del que se trate en su conjunto¹²⁰⁴. De este modo, decidirse por una opción u otra no parece razonable sin analizar previamente el específico Derecho al que nos referimos. Así, distintas tradiciones jurídicas o diferentes sistemas penales podrán hacer que la opción más sensata sea una u otra. En un caso como el español, por ejemplo, donde la pena se encuentra fuertemente condicionada por consideraciones, en el fondo, preventivo-especiales, quizás lo más sensato sería apuntar a la solución inspirada en el concurso de leyes. En cambio, ordenamientos jurídicos como el alemán que, en principio, otorgan un espacio menor a esta clase de consideraciones quizás fueran más sencillamente compatibles con un sistema más cercano al de la exasperación de la respuesta punitiva.

El problema es que no está claro si cuando “sumamos” penas y medidas podemos hablar de una pura acumulación (concurso real) o una mera exasperación de una de las dos consecuencias (concurso ideal). Ello porque, precisamente si sostenemos que ambas instituciones se parecen en extremo, resultará difícil determinar (haciendo abstracción de la cuestión meramente nominal) cuánto de la reacción en su conjunto responde a una u otra finalidad y, consecuentemente, no sabremos si estamos en realidad sumando dos reacciones distintas o agravando una de ellas. La solución del concurso de leyes, por su radicalidad, resulta, en cambio, más sencillamente escindible. Bastará el castigo del sujeto responsable peligroso para dar cuenta de las dos propiedades presentes y ello porque el fundamento de la pena llevaría necesariamente ínsito el de la prevención que inspira también a la medida.

¹²⁰⁴ Son, sin duda, interesantes las consideraciones de PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 69 y ss., cuando, al hilo de la discusión acerca de las relaciones concursales entre la tentativa de homicidio y las lesiones consumadas indica como, una mirada atenta al derecho positivo (que en este caso se traduce en prestar atención a que la tentativa en el derecho alemán, a diferencia de lo que sucede en el caso español, no comporta de modo imperativo una rebaja penológica con respecto al delito consumado), y no razonamientos apriorísticos, debe llevar a distintas conclusiones en diversos ordenamientos. De este modo, en el ordenamiento jurídico español no sería descabellado acudir, en determinados supuestos de lesiones especialmente graves, a la figura del concurso ideal, mientras que en el sistema alemán la solución del concurso de normas seguramente podría ser satisfactoria. Estas consideraciones, seguramente, podrían arrojar algo de luz al problema ahora examinado.

Llegados a este punto, conviene recordar que la especial peligrosidad del sujeto no es “condición necesaria” de la pena (si así fuera se debería supeditar siempre su imposición a ella), pero eso no significa que no desempeñe un papel trascendental a la hora de concretar en muchas ocasiones el *sí* de la pena (así se hace en los supuestos de suspensión), el *cuánto* (así sucede con el establecimiento de diversos tipos penales, la fijación de algunas circunstancias agravantes y en la determinación de la pena) y el *cómo* (de tal modo acontece en el marco de la ejecución de la pena). El concurso de leyes no supone siempre la *completa* absorción de un injusto por otro, sino que, en ocasiones, basta con una absorción *esencial* (se habla así, por ejemplo, del principio de punición bastante o suficiente frente al, más radical, principio de punición íntegra)¹²⁰⁵. Siguiendo con el paralelismo, que subsista “algo” de peligrosidad no comprendida por la pena concreta no debe conllevar necesariamente que se requiera una respuesta adicional (ya sea añadiendo una consecuencia jurídica completa o la exasperación de la pena).

Situada la disyuntiva en estos términos, lo cierto es que poco más se puede avanzar, pues la cuestión de cómo responder entremezcla fundamentos y etiquetas hasta el punto de que no resulta posible saber qué debemos hacer, pues ni siquiera sabemos qué estamos haciendo. Todo este planteamiento, aunque interesante e ilustrativo, presupone algo que aquí se ha impugnado completamente: la posibilidad de distinguir con nitidez penas y medidas, cuando ambas se dirigen a sujetos imputables y peligrosos. Si ello no es posible, analizar las eventuales opciones de acumulación constituye una vía muerta, dado que no sabemos qué estamos acumulando, si es que estamos acumulando algo (no sabemos, en definitiva, dónde empieza y dónde acaba cada uno de los componentes que estamos acumulando). Es preciso, pues, cambiar de perspectiva. En este sentido, se vuelve necesario renunciar a conceptos fuertes que en los casos límite ofrecen más problemas que soluciones y atender, sin embargo, a la restricción de derechos globalmente considerada. Se ha de tomar una postura acerca de cuál es la intensidad en la privación de derechos que estamos dispuestos a tolerar en aras a reaccionar frente al imputable peligroso y a partir de ahí diseñar el modo concreto en que se haga, acudiendo en

¹²⁰⁵ Favorables a la primera de las posturas se muestran, con algunos matices entre ellos, MATUS ACUÑA, J. P., “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 58, 2005, pp. 483 y ss. y MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Concursos de leyes y de delitos”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 442 y ss. Clara partidaria del segundo de los principios es ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pp. 262 y ss. y 433 y ss.

ocasiones a vías de carácter, en un cierto sentido, retributivo o preventivo-general y en otros momentos a recursos con un propósito esencialmente preventivo-especial. Que llamemos a una parte de la ejecución pena y a otra parte medida de seguridad parece que poco debería importar. Sin embargo, por los motivos que a continuación se expondrán, todavía importa. Y es esta la batalla, no nominal, sino de derechos y libertades, que merece ser librada.

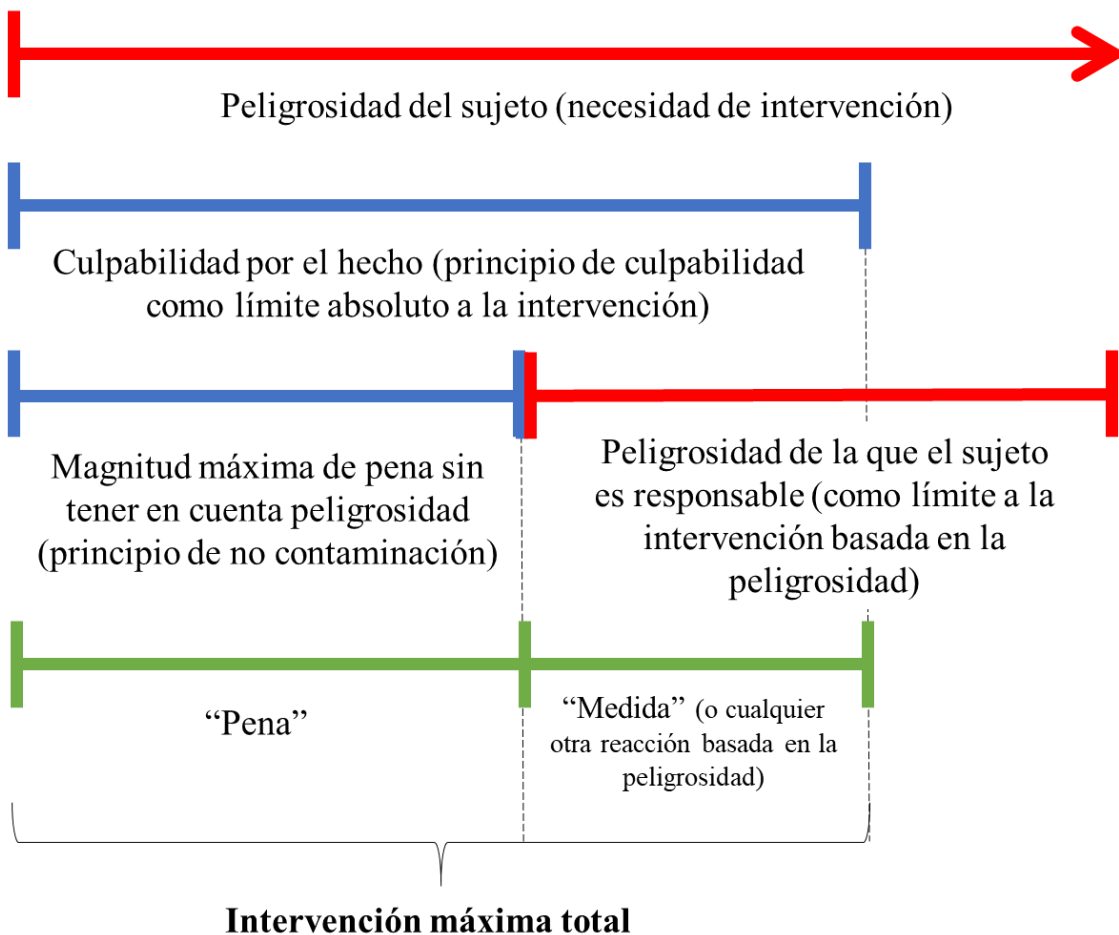
En definitiva, hemos de partir de que, si estamos dispuestos a restringir los derechos del delincuente imputable peligroso en una magnitud X, no importa (en lo que a la proporcionalidad se refiere) cómo distribuyamos esta magnitud entre penas y medidas de seguridad. Pero hay algunos límites internos a los que no podremos sustraernos. Para empezar el sentido del principio de culpabilidad hará que su máxima expresión coincida con esa magnitud X. Poca lógica tendría validar un principio que dijera “*nunca* se podrá ir más lejos que X con A cuando se da la condición B” si a continuación se apuntara “pero podemos ir más lejos que X con A cuando se da la condición B porque C”¹²⁰⁶. Mantener lo segundo es incompatible con lo primero y supone la relativización de este principio (que debe erigirse, así al menos lo mantienen Constitución, jurisprudencia y doctrina, como “límite infranqueable”)¹²⁰⁷. En segundo lugar, por su propio sentido, la medida de seguridad impuesta (como sucede también con la misma pena) no podrá trascender su

¹²⁰⁶ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “El principio de culpabilidad como mandato de optimización”, *InDret*, n.º 4, 2011, p. 10, ha señalado que “la estructura normativa del principio de culpabilidad —como mandato de optimización— determina su forma de aplicación. El principio de culpabilidad no funge normativamente como regla o primer presupuesto del juicio de culpabilidad, tampoco como bastión infranqueable de la intervención jurídica estatal, sino como razón en una ponderación, junto con otras razones normativas concurrentes. El principio de culpabilidad, en cuanto principio, sólo es susceptible de —realización u— observancia relativa y graduable. Relativa, pues su observancia requiere, asimismo, la atención y ponderación de las restantes razones normativas concurrentes”. Con todo, creemos que, aunque quizás este planteamiento pueda ser valioso como *descripción* de la situación actual, no lo es de cara a una eventual *justificación* de tal tratamiento jurídico. Efectivamente, puede ser razonable desde una perspectiva de filosofía jurídica distinguir entre reglas (de contenido preciso, que operen como prohibiciones o mandatos concretos) y principios (mandatos de optimización). Sin embargo, aunque eso fuera así, de ello no se derivaría que el “principio de culpabilidad” fuera, en verdad, un principio y no una regla. De hecho, el uso que de él se hace sistemáticamente es el que sería reconducible a la categoría de la filosofía jurídica “regla” y no “principio”. El nombre que acompaña al contenido al que ahora nos referimos desde hace siglos no puede prejuzgar su forma de operar en el discurso y el razonamiento jurídico. Las reglas no son reglas por llamarse reglas y los principios no son principios por contar con tal nombre. Son sus respectivos contenidos los que, en su caso, hacen que merezcan tal o cual estatus jurídico. El principio de culpabilidad, a los efectos que ahora nos ocupan, opera como “regla”: no se podrá castigar más allá de la culpabilidad.

¹²⁰⁷ Recordemos ahora que como se apuntó antes (vid. supra, Capítulo V, epígrafe VI) delito y peligrosidad se encuentran en pie de igualdad en lo que a la legitimación de las medidas de seguridad se refiere: ambos son presupuestos, no fundamentos.

propia necesidad. Con estos dos primeros puntos se satisface lo que hemos denominado el “principio de la acumulación de los límites”. Por último, al contar con un mecanismo específico para enfrentar la peligrosidad criminal del sujeto, la pena en su concreta fijación (por debajo del umbral X) no podrá tomar en consideración otra vez dicha peligrosidad. En ello cristaliza el “principio de no contaminación”. En todo caso, es preciso reconocer que la “magnitud X” no se debe corresponder con una precisa extensión temporal, sino que se compadece, más bien, con una determinada intensidad en la restricción de derechos, lo que hace que no se puedan equiparar sin más años de penas con años de medidas de seguridad.

De forma gráfica y quizás más clara se podría plasmar lo anterior del siguiente modo¹²⁰⁸:



¹²⁰⁸ Agradezco a la Profesora Marta PANTALEÓN DÍAZ que me facilitara la explicación gráfica de estas ideas.

Así, si un delito concreto tiene una pena máxima asignada de 10 años de prisión el imputable peligroso que cometa el delito de modo plenamente responsable no debería ser privado de libertad con nada más lesivo que la aflicción que normativamente corresponde a esos años de prisión. Cómo se distribuya esta aflicción (entre lo que usualmente denominamos penas y medidas de seguridad) poco importa aquí. Ahora bien, la medida de seguridad no podrá ir más allá de lo necesario y la pena a cumplir no podrá volver a tomar en consideración esa peligrosidad. Esto en ningún caso supondría un tratamiento beneficioso respecto del imputable no peligroso (tratamiento que no tendría ningún sentido) porque lo que estamos afirmando es que este sujeto (salvo que concurren otras condiciones que puedan agravar el injusto cometido o la culpabilidad de su autor) nunca podría llegar a alcanzar la “sanción total” que le correspondería en caso de ser peligroso¹²⁰⁹.

¹²⁰⁹ Es preciso reconocer, pese a todo, que en el ordenamiento español la pena máxima fijada por un concreto tipo penal no se corresponde en realidad con la máxima gravedad del injusto o culpabilidad que se pueda alcanzar. El máximo legalmente estipulado se encuentra “más abajo”, lo que explica que cuando concurren varias circunstancias agravantes se incrementa en un grado la pena dando lugar a un nuevo marco. En consecuencia, puede haber distintas vías para “merecer” la máxima pena fijada: un injusto especialmente grave, una reprochabilidad especial o, quizás, en combinación con circunstancias que agraven el injusto o la culpabilidad en alguna medida, la peligrosidad criminal del sujeto (“las circunstancias personales del autor”). En esta línea, son de sumo interés las consideraciones al respecto de ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 39. La autora explica que “la idea de que el marco penal prevé el caso más leve y el caso más grave concebibles también ha sido puesta en tela de juicio. En verdad, imaginar casos de máxima gravedad —o mínima— en forma tal que no sea posible agregarle ningún elemento que lo agrave más aún, y sin caer en un tipo agravado, no es fácil. Pero la ubicación de un caso en las penas mínimas o máximas presupone no que no se pueda construir un caso más leve o más grave, sino únicamente que el ilícito, valorado en su totalidad, se encuentra en el ámbito inmediatamente cercano a estos límites. Esto ya es suficiente para que los extremos del marco penal entren en consideración”. En un sentido frontalmente contrario ha mantenido BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena*, que efectivamente la pena máxima del marco no coincidirá con el supuesto más grave imaginable, sino que, a la inversa, se situará por encima de él (pp. 146 y 375). La estrategia argumental ofrecida por el autor resulta atractiva: dado que en determinadas circunstancias (por ejemplo, en el concurso ideal de delitos, pp. 310 y ss.) se dispone que se habrá de imponer una pena ubicada en la mitad superior del marco penal, sería preciso, para evitar incurrir en inconsistencias valorativas, tender hacia el marco inferior cuando de supuestos de unidad delictiva hablemos. El argumento, pues, se muestra sensible a la necesidad de disminuir el rigor punitivo de nuestro sistema penal. Sin embargo, creemos que tal proceder no es viable en nuestro ordenamiento. Ello por la sencilla razón ya apuntada de que, en una línea más próxima a lo expuesto por ZIFFER, nuestra legislación prevé que cuando concurren determinadas circunstancias que agraven el injusto o la culpabilidad podamos acudir a un marco todavía superior a aquel en el que de inicio nos hallamos. Esta objeción, apegada al Derecho positivo, no puede ser fácilmente sorteada por el autor citado aludiendo a una naturaleza del estudio de *lege ferenda*. Esta vía no resulta adecuada por la razón de que para articular su argumento acude a la regulación (positiva) del concurso ideal, de manera que se opera con un pie en el mundo de lo legal y otro en el mundo de lo supralegal, ello permite sortear todas las objeciones que se presenten, pero al precio de construir una teoría (en este concreto punto) inverificable. En consecuencia, el límite máximo del marco penal no coincide con el más grave (o reprochable) delito de esa naturaleza que se pueda cometer, pero no,

La razón que explica la mayor “sanción total” (pena más medida) al imputable peligroso es que, dentro de los límites de la culpabilidad, en él concurre una peligrosidad propia de la que no se puede “distanciar”, una peligrosidad que, en algún sentido, es “suya” y no de “sus circunstancias”¹²¹⁰. En los casos en que un sujeto imputable no sea peligroso (o, más precisamente, no sea peligroso por condiciones por él controlables) la necesidad preventivo-especial de pena se podrá situar “más abajo” del límite de la culpabilidad. Pero no es solo una genérica invocación a la necesidad la que sustenta esta decisión. Como hemos apuntado en otras partes de esta investigación, si la ausencia de un factor se tiene en cuenta para mitigar las consecuencias, es porque su presencia es empleada para incrementarlas (de modo que no se pueden eludir las dificultades de la función agravatoria de una institución aludiendo a su, desde otra perspectiva, papel atenuante). Y al sujeto plenamente responsable que ve empeorada su condición puede no valerle una pretendida justificación que apele a la mayor necesidad preventivo-especial de respuesta en su caso. Es preciso, sostener tal reacción agravada también en términos éticos, vinculándola a su responsabilidad, y, entonces, la respuesta se vuelve más convincente: “lo hacemos porque *tú* lo has hecho necesario, no porque *sea* necesario”.

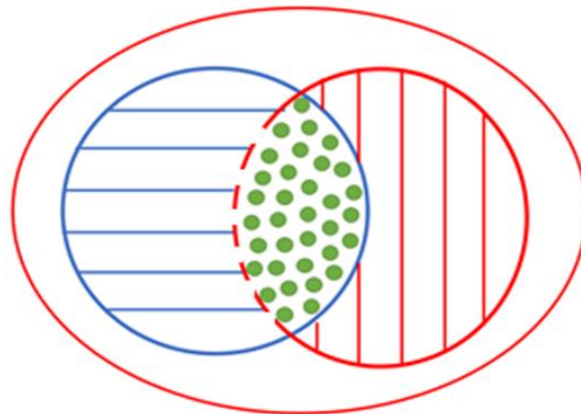
Con otra forma de ejemplificarlo quizás se vea mejor. Imaginemos que como respuesta a un injusto culpable el ordenamiento previera como pena una sanción máxima de la magnitud 3 y que, en atención a la peligrosidad de un concreto sujeto, se le pudiera imponer, también, la medida de magnitud 1. En atención al principio de suma de límites la privación máxima de libertad al sujeto en el marco del principio de culpabilidad tendría la magnitud 3, dentro de la que un máximo de 1 se podría corresponder al tratamiento específico de la peligrosidad criminal. Pero la “operación”, sin embargo, no acaba aquí. Si lo que se pretende es, además, respetar el “principio de no contaminación” sería preciso sostener que, en realidad, para poder aplicar la medida preventiva en su magnitud 1 sería preciso descontar de la magnitud de la pena la parte de peligrosidad que esta tomara de

como sostiene de manera tan atractiva BASSO, porque este se encuentre en el tramo inferior del marco, sino porque va más allá del límite superior. En este contexto, sería preciso responder a la pregunta de por qué la peligrosidad, por sí sola, no podría comportar la transgresión de dicho marco superior. Aquí se pueden ofrecer dos respuestas. La primera, y más rotunda, es: porque así lo dijo el Tribunal Constitucional. En efecto, para considerar ajustada a la Constitución la genérica agravante de reincidencia, sostuvo este que la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia no contravenía el principio de proporcionalidad “ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales *únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción*: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena” (STC 150/1991, de 4 de julio). La segunda línea argumental, por su parte, vuelve a insistir una vez más al sentido del principio de culpabilidad. Si este tiene una verdadera función, esta es la de limitar también allí donde se considere necesario hacer responder al autor del delito más allá de la medida de su culpabilidad. Sería este, sin duda, uno de esos casos.

¹²¹⁰ Vid. supra, Capítulo II, epígrafe V.

nuevo en consideración. De este modo, la pena no sería 3, sino 3-1 y, en cambio, 3 sería el límite absoluto de privación de derechos. Todo esto partiendo, además, de que al autor no peligroso (salvo que en él concurrieran circunstancias agravantes de la responsabilidad o el injusto) no le podría corresponder nunca la magnitud 3, pues para “merecerla” sería necesario contar con una propiedad (la peligrosidad) de la que carece. De esta forma, la “pena máxima legalmente prevista” ejerce de techo efectivo a la reacción penal y, dentro del principio de culpabilidad, la peligrosidad criminal puede condicionar en parte la forma que adquiera tal reacción.

Con esta explicación cobra ya sentido completo la expresión gráfica que, páginas atrás, otorgábamos a la “figura 3”¹²¹¹. Figura en la que, recordemos, el círculo azul representaba la imputabilidad (su tratamiento jurídico y sus límites) y el círculo rojo la peligrosidad (y las consecuencias penales que conlleva). La distinta dirección de las rayas, así como los puntos, ejemplificaban la diferente forma de privación de derechos, siempre limitada por el principio de culpabilidad.



De este modo, en la zona de solapamiento entre ambos conceptos podría ser adecuado cualquier tratamiento (el propio del imputable, el propio del peligroso, o una mixtura de ambos) siempre que este no resultase más gravoso que el del tratamiento completo al sujeto en atención a su condición de imputable. Optar por una u otra posibilidad sería una decisión que legítimamente debería adoptar el legislador y, en principio, ninguna objeción cabría hacer desde el prisma aquí empleado. Al final, estaríamos defendiendo un sistema

¹²¹¹ Vid. supra, Capítulo IV, epígrafe V.

vicarial en términos ciertamente similares a aquellos en los que se halla configurado el sistema de acumulación jurídica de los sujetos semiimputables (art. 99 CP)¹²¹².

En todo caso, como decíamos antes, la situación actual conlleva que la denominación de una forma de ejecución de la condena como “pena” o como “medida de seguridad” no sea del todo irrelevante y que comporte alguna consecuencia. Precisamente a resultas de esto, vemos que, aunque sostengamos que penas y medidas incoizadoras son, a los efectos que ahora nos interesan, diferentes, esto no implica que puedan ser sumadas sin mayores consideraciones. Por ello, es necesario reorientar la atención al punto verdaderamente crucial.

IX. El auténtico problema: la necesidad de una dogmática de las consecuencias jurídicas orientada a las garantías

Llegados a este punto es hora de recalcar, una vez más, uno de los problemas que aquí se consideran más importantes y que no es otro que el de las garantías. El hecho de que la

¹²¹² Es posible que ello suceda por la sencilla razón de que ambos sean supuestos ciertamente semejantes. En el caso del sujeto “semiimputable” podríamos hallarnos ante un sujeto responsable respecto del que hubiera razonables motivos para ofrecer un tratamiento “privilegiado” dirigido eminentemente a desempeñar funciones preventivo-especiales positivas. Por el contrario, el sujeto responsable y peligroso ofrecería razones para que este tratamiento se orientase en buena medida a satisfacer necesidades preventivo-especiales negativas. En ambos casos, el principio de culpabilidad constituiría un régimen infranqueable para la satisfacción de necesidades preventivas. El orden de la imposición de penas y medidas sería diverso en uno y otro caso en atención al sentido de las propias restricciones de derechos. Es preciso priorizar el tratamiento preventivo-especial positivo frente al negativo, por lo que cuanto mayor sea el componente preventivo-especial positivo de una medida antes debería ser esta ejecutada. Una vez que la institución de mayor carácter resocializador (ya sea la medida terapéutica o la prisión ordinaria) satisface su función, la siguiente (ya sea la pena ordinaria o la medida incoizadora) deviene innecesaria. A una solución parecida, aunque por una vía diferente, parece llegar SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos*, p. 291. Para este autor la peligrosidad no podrá agravar la pena, pero ello no impedirá que “dentro de los límites ofrecidos por el hecho cometido, en el momento de determinar la concreta pena a imponer o con la finalidad de modular la ejecución de la pena impuesta, no pueda tenerse en cuenta tanto la gravedad del delito cometido, cuanto las circunstancias personales del autor y el riesgo de comisión de futuros delitos”. Sin embargo, a esta conclusión se llega por la vía de una suerte de “principio de cautela” derivado de “las incertidumbres alrededor del concepto y del pronóstico de peligrosidad” y no por la vía axiológica y consecuencialista aquí ofrecida. Desde una argumentación divergente (y partiendo del denominado dualismo flexible) MARAVER GÓMEZ, M., “Algunas reflexiones sobre el sistema dualista”, pp. 1475 y ss., podría defender algo parecido. Para este último autor, “lo importante es que las medidas de seguridad o las medidas de carácter puramente preventivo basadas en la peligrosidad del sujeto no sean utilizadas para imponer una sanción de mayor duración o de mayor gravedad que la sanción que correspondería aplicar en atención a la culpabilidad del autor. En este sentido, el tratamiento penal de la peligrosidad debería realizarse siempre por debajo de los límites de la pena; así, por ejemplo, para valorar la concesión de beneficios penitenciarios en la fase final de ejecución de la pena y preparar de este modo la definitiva incorporación del sujeto a la sociedad” (p. 1476).

doctrina debata, con buenas razones en uno y otro lado, acerca de si es preferible encarar el problema de la peligrosidad criminal desde la propia pena o si, por el contrario, es preferible el establecimiento paralelo de un sistema de medidas de seguridad debería ponernos sobre la pista de que ambas opciones son perfectamente posibles y de que solo responden a una diversa ponderación de los costes y beneficios de una y otra perspectiva.

Al amplio debate que se ha desarrollado en el último siglo con especial intensidad seguramente pocos elementos nuevos se puedan aportar ya. Parece cierto, al menos como premisa de partida, aquello que dicen los defensores del dualismo de que la toma en consideración de la peligrosidad en el marco de la pena conduce a penas más elevadas también para aquellos que no manifiestan esta característica¹²¹³. Pero no les falta razón a los monistas cuando arguyen que poco sentido tiene sostener un férreo límite de culpabilidad por el hecho si su rigidez es solo aparente y se muestra en realidad poroso cuando se mira de manera más detenida, pues admite excepciones atendiendo a la peligrosidad del sujeto¹²¹⁴. No importa, dirían, que el principio se llame de un modo u otro, sino solo su capacidad de contener el poder punitivo estatal. Si el dualismo contiene menos este poder, por mucho que multiplique nominalmente los principios a los que este se debería encontrar sometido, pobres serán las ganancias obtenidas.

Poco sentido tiene, creemos, terciar a estas alturas en tal debate replicando argumentos ya ciertamente manidos, máxime cuando, como es el caso, todas las críticas de ambos bandos se antojan desgraciadamente ciertas. Sin embargo, es posible que se haya dejado de lado otra cuestión que merecería más atención de la que tradicionalmente se le dispensa y es la de las garantías (formales y materiales) que acompañarán a una y otra restricción de derechos. La flexibilidad con la que cuentan las medidas de seguridad refuerza, sin duda, sus posibilidades de éxito. Pero no es la efectividad de las medidas lo único que ha de importarnos de ellas. Flexibilidad y garantías no suelen ser fácilmente conciliables. Mantener el foco del debate en cómo se llaman y cómo se combinan dos instituciones tan semejantes oscurece más de lo que aclara la problemática que en verdad ha de importarnos y que es precisamente aquella que dio origen a estas batallas nominales: llamar “pena” a una restricción de derechos hará que esta disfrute del más amplio conjunto de garantías materiales y procedimentales que el ordenamiento jurídico

¹²¹³ Vid. supra, nota 1106 y texto al que acompaña.

¹²¹⁴ Vid. supra, nota 1107 y texto al que acompaña.

reconoce. Llamarla “medida de seguridad”, en cambio, la sustraerá a ellas y pondrá el acento en otros elementos vinculados a la idea de flexibilidad, tratamiento, indeterminación, etc.; elementos de muy difícil encaje en el “mundo de las penas”. Por ello, y como antes se ponía de manifiesto, debe ser este el centro del debate. Importa reconocer que cuando a una parte de la sanción la llamamos “medida de seguridad” lo que hacemos es sustraerla a determinadas garantías que, sin duda, le serían de aplicación en caso de ser llamada “pena”. La duda (razonable) es si tiene sentido que a privaciones tan semejantes le acompañen garantías tan disímiles. Si, como creemos, no fuera así, el objetivo tendría que ser el de aproximar estas garantías.

Una vez más conviene recordar lo obvio. Es perfectamente sensato que las medidas de seguridad de carácter terapéutico-asistenciales destinadas a sujetos con imputabilidad disminuida (estas sí claramente distinguibles de las penas) dispongan de un conjunto de garantías diferentes. No han de ser necesariamente menores (y de ahí que sean loables los esfuerzos que la doctrina ha llevado a cabo por no abandonar a los inimputables a su suerte), pero pueden ser distintas. Cuando la finalidad (y fundamento) de una institución es primordialmente la de asistir a un sujeto en un cierto grado desamparado para protegerlo y, en la medida de lo posible, contribuir al acrecentamiento de su autonomía, puede tener sentido flexibilizar de algún modo las garantías. Y ello por el sencillo motivo de que, en este caso, el interés del sujeto y el del Estado (que es frente a quien se pueden hacer valer las garantías) convergen o, al menos, deberían hacerlo¹²¹⁵.

Sin embargo, nada de esto sucede cuando hablamos de medidas de seguridad de carácter inocuidador aplicables a sujetos imputables y es importante evitar que estas últimas se contagien de la legitimación de las medidas terapéuticas. Su legitimación es bien distinta (muy próxima a la de las penas) y difícilmente se puede hablar aquí de una convergencia de intereses entre el Estado y el sujeto afectado, lo que vuelve imprescindible la existencia de fuertes garantías que puedan ser opuestas como defensas de la libertad.

Entender las cosas de este modo hace evidente el absurdo de que las medidas de seguridad (como un todo) cuenten con las mismas garantías y que entre algunas medidas de seguridad y algunas penas (entre las que no median apenas diferencias) exista una amplia divergencia entre las garantías aplicables, lo que tampoco tiene sentido. El problema,

¹²¹⁵ Vid. *supra*, Capítulo VI, epígrafe II.

insistimos, es ver las medidas como una unidad y las penas como otra unidad distinta. Tanto una categoría como otra son extraordinariamente heterogéneas y, a veces, existen más puntos de contacto entre penas y medidas que entre estas últimas entre sí. Enfocar la cuestión de la “naturaleza” de una institución jurídica como una cuestión de etiquetas (“averiguar” si es una pena o una medida de seguridad) supone dar por sentado que la atribución de tal o cual nombre ha de tener algún efecto. Y este es el problema: lo cuestionable no son los nombres (que son lo de menos), sino los efectos de esos nombres. Prescindir de tales consecuencias no hace justicia a los nombres que surgieron con el único propósito de cubrir de garantías aquellas instituciones que pudieran albergar.

X. Conclusiones parciales

En las páginas anteriores se han abordado algunas importantes cuestiones relacionadas con cuál es el camino correcto para encarar el tratamiento jurídico del sujeto imputable peligroso. Así, en un primer momento se ha cuestionado la pretendida necesidad de distinguir entre penas y medidas de seguridad señalando lo complicado de tal distinción y la poca luz que arroja la misma aun cuando pueda llegar a llevarse a cabo. Se ha sugerido la necesidad de lo que se ha denominado “dogmática de las consecuencias jurídicas orientada a las garantías”, que tiene como propósito atender a los efectos que una u otra denominación comportan de cara a asegurar que severas restricciones de derechos se vean siempre asistidas de importantes garantías y protecciones jurídicas.

Posteriormente, se ofreció un esbozo de los argumentos más importantes que se han esgrimido desde la perspectiva continental para tratar de suministrar bases que legitimen la privación de libertad adicional a la que se puede ver sometido un sujeto peligroso y responsable. Al hacerlo, se ha puesto de relieve el importante problema que esta vía argumental comporta: se consigue fundamentar la restricción de derechos de un sujeto en atención a su peligrosidad, pero para ello se paga el importante precio de diluir todavía más las diferencias entre penas y medidas de seguridad inocuizadoras destinadas a sujetos imputables.

Acto seguido, para aterrizar los problemas teóricos que se esbozaban y la inescindible relación que estos debates guardan siempre con la cuestión de las garantías, se mostraban los problemas que dos paradigmáticas “medidas de seguridad” han supuesto en sus respectivos ordenamientos, concretamente: la custodia de seguridad alemana y los

internamientos civiles para delincuentes sexuales imputables en los Estados Unidos. La manifestación más palmaria de esta tendencia en el ordenamiento jurídico español (dejando al margen la institución de la prisión permanente revisable, que seguramente también podría ser considerada como tal) es la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada, a la que se ha dedicado también alguna atención. Valga recordar ahora, simplemente, la difícil caracterización de esta institución.

Hasta este momento, la argumentación pivotaba, en unas ocasiones de forma más expresa que en otras, sobre la idea de que, a los efectos de las garantías que deben limitar a estas instituciones, penas y medidas inocuizadoras debían ser consideradas, por distintos motivos, como idénticas. Desde esta premisa, la argumentación giraba ligeramente para suministrar argumentos restrictivos que también pudieran aceptar quienes rechazaran tal punto de partida. Así, se discutía qué límites debían existir a la acumulación de ambas instituciones (acumulación que, lógicamente, presupondría entonces la existencia de dos instituciones diferenciadas).

Esbozados en los epígrafes previos los problemas teóricos más evidentes, se abordaba la espinosa cuestión de la eventual transgresión del principio *ne bis in idem* que podría suponer la acumulación de penas y medidas de seguridad sobre un mismo sujeto. Allí se apuntaba que, efectivamente, acumular ambas sanciones podría llegar a suponer la vulneración de tal principio. Ahora bien, incluso aunque tal vulneración no tuviera lugar, no se habrían salvado con ello todos los problemas asociados al principio de proporcionalidad. Sería perfectamente posible sostener que la acumulación de sanciones no vulnera el principio *ne bis in idem* (dirigido al aplicador del Derecho) y que, sin embargo, se vulnera el principio de proporcionalidad (dirigido también al legislador).

Finalmente, se han expuesto las distintas posibilidades de acumulación de penas y medidas, que se corresponden con las ideas que inspiran la resolución de los problemas concursales: acumulación pura de ambas sanciones (concurso real), exasperación de una de ellas (concurso ideal) y absorción de una de ellas por la otra (concurso de leyes). Se ha apuntado, igualmente, que la posibilidad de coexistir unas instituciones con otras y respetar a su vez las garantías que deben estar presentes (en atención al “principio de acumulación de límites”) presupone en todo caso un “principio de no contaminación” entre ellas; de manera que si la medida ha de responder a la peligrosidad criminal del sujeto es preciso que la pena deje de ser concebida tal y como es entendida actualmente.

Ahora bien, la correcta articulación de estas vías y el diálogo nítido entre ellas presupone algo que en ninguna medida puede darse por sentado: la posibilidad de distinguir con nitidez unas de otras. Así se ha terminado el capítulo como se empezó: recalcando que el problema no son (o no deben ser) los nombres, sino la discusión acerca de qué garantías han de acompañar a qué restricciones de derechos.

CONCLUSIONES

Hemos llegado al final de esta investigación. Su desarrollo nos ha llevado a recorrer distintas parcelas del ordenamiento penal con diversos grados de detalle y a extraer alguna conclusión que quizás pueda contribuir al debate acerca de qué trato jurídico debe dispensar el ordenamiento al sujeto que es plenamente imputable y que, además, resulta especialmente peligroso. A lo largo de todo el recorrido han estado presentes algunas ideas que, de un modo u otro, han articulado todo este trabajo.

En primer lugar, se ha incidido de distintas maneras en un postulado que no por repetido termina por afianzarse con precisión en el estudio del ordenamiento penal: *una decisión jurídicamente fundamentada requiere deslindar previamente la cuestión del ser de la del deber ser*. Esto es, demanda una nítida distinción entre lo fáctico y lo normativo. Esta distinción, sin embargo, no debe conducir a olvidar que existen tanto un aspecto como otro.

En los dos primeros capítulos (orientados al estudio de la peligrosidad criminal) veíamos que de manera evidente el debate relativo al concepto de “peligrosidad” se encontraba excesivamente orientado a su dimensión fáctica. De este modo, la doctrina penal (pero no solo penal) parecía más preocupada por cuestiones de carácter netamente empírico que por las repercusiones (normativas) que sería preciso anudar a tal concepto y, en consecuencia, por las restricciones (también normativas) con las que habría de contar.

En los capítulos dedicados a la imputabilidad penal (tercero y cuarto) se planteaba que no es posible percibir cuánto de fáctico y cuánto de normativo hay en un concepto central de la teoría jurídica como este sin desbrozar primero cuál es el “método” a través del que comprobamos la concurrencia de tal característica en relación con un sujeto o, más bien, se la imputamos. Allí veíamos que este procedimiento constituye estructuralmente un proceso comparativo, analógico. Sin embargo, se señalaba entonces, toda comparación (o analogía) se encuentra preñada ya en su raíz de decisiones valorativas, pues es imprescindible determinar previamente qué factores son relevantes y en qué medida.

Esta misma idea vertebradora (la necesidad de deslindar lo fáctico de lo normativo) tenía también su espacio en los dos últimos capítulos, orientados al estudio de las medidas de seguridad. Allí planteábamos que la cuestión de cómo se debe reaccionar penalmente frente a la peligrosidad de un sujeto merece, por supuesto, una detenida atención. Sin

embargo, responder a esta pregunta en abstracto (“en el aire”) no nos parecía la vía más sensata. Es preciso atender al concreto contexto jurídico en el que esta discusión tiene lugar, pues una buena base sobre la que proponer qué se debe hacer la constituye el saber qué es lo que ya se está haciendo, lo que no siempre resulta tan claro como debería. En este específico ámbito resulta incuestionable que nuestro ordenamiento jurídico ya responde desde hace mucho tiempo a la peligrosidad criminal de las personas (imputables o no). En este sentido, la cuestión se reorienta más fácilmente, pues si hay algún sustento para mantener que ello es legítimo (como creemos que, efectivamente, lo es) se vuelve preciso tomar en consideración esta realidad antes de introducir nuevas restricciones de derechos dirigidas a esta faceta de los sujetos que vuelvan a incidir en lo mismo.

Una segunda idea rectora de esta investigación, presente también en mayor o menor grado en todos sus capítulos, se refiere a *la necesidad de orientar las distinciones que se efectúan a sus consecuencias*. El planteamiento metodológico ha sido en este punto claro: el objetivo de la dogmática jurídica no puede ser la construcción de conceptos desatentos a las consecuencias que les serán propias. Unos conceptos que pretenden incidir en la realidad y no únicamente dar cuenta de ella han de ser sensibles, parece incluso obvio, al resultado que producen. Este no es únicamente el punto de partida desde el que comenzar a edificar los conceptos jurídicos (en nuestro caso, peligrosidad criminal, imputabilidad, pena y medida de seguridad), sino también el criterio rector con el que reevaluarlos continuamente. Distinciones que en un momento pueden resultar sensatas en relación con el concreto contexto institucional en el que se enmarcan pueden mutar en monstruosas con un mero cambio de este.

En los primeros capítulos, centrados en la peligrosidad criminal, todo este planteamiento tenía como resultado esencial remarcar la necesidad de que el Derecho penal cuente con un concepto propio de peligrosidad y no se limite a importar aquel que manejan, especialmente, las ciencias del comportamiento. El objetivo de estas últimas resulta lejano al Derecho penal y, por tanto, también a las consecuencias que de él se desprenden. Un concepto de peligrosidad útil para el Derecho penal debe tomar en consideración los efectos que tendrá. De este modo, es preciso distinguir la peligrosidad de un sujeto imputable de la de uno inimputable. En cuanto al primero, que ha sido el auténtico objeto de esta investigación, es necesario que esta peligrosidad se le pueda atribuir de forma en algún grado responsable, pues en caso contrario la peligrosidad obedecerá a patologías

profundas (que empujarían hacia la conclusión de que el sujeto no es, en verdad, tan imputable) o se derivará sin más de factores objetivos (nacionalidad, edad, sexo, etc.) acerca de los que nada podrá hacer el concreto sujeto; y tampoco, por cierto, el propio ordenamiento jurídico más allá de una inocuización poco fundamentada.

Esta misma idea vertebradora (la orientación de las distinciones a sus consecuencias) tuvo también cierta repercusión en los capítulos dedicados a la imputabilidad penal. Allí pudimos comprobar que, dado que la imputabilidad no es una mera constatación, las decisiones normativas en este punto son imperiosas. Y buena parte de estas decisiones, aunque, desde luego, no todas, se deben orientar a construir el concepto de sujeto normal al que el ordenamiento jurídico se dirija. El problema es, como decíamos entonces, que la construcción de tal concepto trae consigo consecuencias de enorme importancia, pues, entre otras cosas, implica cómo de virtuoso ha de ser el ciudadano al que el Derecho penal se dirija. De este modo, un concepto demasiado amplio de inimputabilidad, pretendidamente generoso con el sujeto que fuera a ser calificado como tal, conduciría a una sociedad totalitaria.

La misma idea rectora tenía también una especial incidencia en los dos últimos capítulos, destinados al estudio de las medidas de seguridad. Allí sostuvimos que la debida delimitación entre dos institutos tan próximos en el plano material y con un fundamento tan difícilmente escindible como son las penas y las medidas de seguridad de corte inocuizador destinadas a sujetos imputables debe mirar siempre a las repercusiones que la calificación de uno u otro modo pueden tener. Partiendo de que nuestro ordenamiento atribuye diferentes garantías a una u otra institución, defendíamos que el criterio de delimitación esencial debería ser aquel que no dejara a determinadas formas de privación de derechos sin las garantías que deberían asistirlos.

Una última idea básica que ha marcado todo el ritmo de esta investigación (en unas ocasiones de un modo más expreso que en otras) es la creencia de que, en contra de lo que sistemáticamente se dice, quizás de un modo no del todo reflexivo, *el Derecho penal y su intervención no conforman el peor de los escenarios para un sujeto*. El Derecho penal, o, más precisamente, la pena, no es ya el más terrible instrumento con el que cuenta el Estado para incidir sobre los sujetos que en él se encuentran. Seguramente los momentos en que esta idea fue encumbrada se correspondieran con un contexto en el que ello efectivamente fuera así. Sin embargo, el transcurso del tiempo ha hecho que, en

particular, en conexión con el objeto de esta investigación, hayan emergido otras instituciones que, fuera del foco de la mayoría de la doctrina, pueden rivalizar perfectamente con la pena.

Por un lado, y en lo relativo al concepto de imputabilidad, contamos hoy con una estructura psiquiátrica muy potente que puede comportar enormes restricciones de derechos (en forma de tratamiento médico coactivo) a aquel sujeto al que consideramos inimputable para que pueda escapar del rigor del sistema penal. Por otro lado, y en lo relativo a las medidas de seguridad, junto a la pena se han articulado en nuestro ordenamiento jurídico y en otros próximos sanciones administrativas e instituciones civiles que pueden fácilmente competir en lesividad con esta. A diferencia de la pena, sin embargo, estas instituciones carecen de un sistema de garantías similar que permita proteger de manera suficiente al sujeto frente a esta clase de intervenciones.

Son estas tres, entonces, las ideas que subyacen a esta investigación: es preciso saber qué sucede antes de tomar una decisión acerca de qué se debe hacer; la delimitación de conceptos jurídicos ha de estar orientada a las consecuencias que estos tendrán; y, en nuestros días, el Derecho penal y, específicamente, la pena no son las amenazas más graves a la libertad de la ciudadanía. De estas ideas, en su combinación con otras que puntualmente resultaban trascendentes, se han extraído algunas conclusiones más precisas que, para clausurar definitivamente este trabajo, pasamos a enumerar:

1. La peligrosidad criminal se encuentra presente en multitud de instituciones de nuestro ordenamiento jurídico-penal. En la propia configuración de tipos penales, así como en la decisión acerca del sí y el cuánto de la pena, esta es tomada, de uno u otro modo, en consideración. Además, inspira de manera más o menos directa otras muchas instituciones como las medidas de seguridad, la prisión provisional, etc.

2. En la actualidad, los criterios actuariales (estadísticos) de valoración de la peligrosidad (o riesgo) desempeñan un papel central en la discusión académica y se consideran, en términos generales, preferibles. En todo caso, incluso dejando a un lado lo cuestionable de su mayor capacidad predictiva (lo que no se puede hacer sin más) no es este el mayor de sus inconvenientes. La más grave objeción que se puede oponer a la medición actuarial del riesgo es la de tratar de escapar por distintas vías a las restricciones de carácter ético y jurídico que han de ser tomadas imprescindiblemente en consideración si se le quiere

otorgar al concepto de peligrosidad/riesgo alguna consecuencia efectiva de manera legítima.

3. Un concepto de peligrosidad criminal apto para tener alguna repercusión en el tratamiento jurídico de un sujeto plenamente imputable ha de ser, en alguna medida, reconducible a factores que puedan ser “reprochados” al sujeto en cuestión. El “merecimiento”, en un sentido amplio, es el criterio éticamente preferible de atribución de consecuencias jurídicas lesivas y, además, presenta ventajas conductuales, pues reconoce al sujeto del que se predica la condición de peligroso la posibilidad de controlar dicha peligrosidad.

4. El juicio por el que se evalúa la imputabilidad de un sujeto presenta un carácter ineludiblemente analógico. Como toda analogía requiere, sin duda, una cierta base fáctica, pero precisa inevitablemente proyectar distintos juicios de valor sobre ella. En este específico sentido, la imputabilidad es, desde su raíz, normativa, pues sin esta clase de consideraciones es sencillamente imposible hablar de imputabilidad o inimputabilidad.

5. El juicio de imputabilidad se enfrenta a una trascendental tensión que se puede resumir en la pregunta acerca de cuánto es deseable individualizar. Hay motivos, axiológicos y prudenciales, que conducen a poner en cuestión la máxima desde la que en ocasiones se parte conforme a la que sería adecuado individualizar tanto como fuera posible. Por un lado, la estabilidad y la vigencia del sistema dependen de no descender tanto en el análisis de un sujeto concreto como para que prácticamente se pueda encontrar una disculpa en cada uno. Por otro lado, las consecuencias (sociales y jurídicas) que acompañan a la declaración de inimputabilidad hacen que se deba ser más cauteloso a la hora de adoptar estas decisiones de lo que generalmente se apunta.

6. Un sujeto puede ser simultáneamente imputable y peligroso. Ello pese a las interesantes razones ofrecidas por un sector minoritario de la doctrina que apuntan a la “contradicción en los términos” que podría constituir predicar de un mismo sujeto ambas notas características. La razón esencial para tal proceder es que no se debería fundir el concepto de imputabilidad con el de inocuidad. No es deseable trazar una cesura tan profunda entre los sujetos peligrosos y aquellos que no lo son. Todos somos en un cierto grado peligrosos y construimos el ordenamiento jurídico para nosotros mismos, no para una clase de sujetos especiales y malvados con los que no nos podemos sentir siquiera identificados.

7. No es del todo correcto sostener que las medidas de seguridad surjan en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno hace poco más de un siglo. Las medidas de seguridad, en cierto sentido, son tan antiguas como las propias penas. Más precisamente, las penas y las medidas de seguridad fueron lo mismo hasta la llegada de la pena liberal. Con anterioridad a ese momento, un instituto que carecía de carácter monolítico y era denominado “pena” pretendía satisfacer necesidades de toda clase, también aquellas que hoy se atribuyen a las medidas de seguridad. La restricción del alcance de la pena con la aparición de las garantías de corte liberal hizo que, junto a otras, la parte de ella que hoy llamaríamos medida de seguridad se desprendiera de esta. Desde ese momento, el debate al respecto reside en si parte de tal componente asegurativo debería volver a formar parte de la pena, debería conformar una reacción estatal específica (dentro o fuera del proceso penal) o si, por el contrario, debería ser en todo caso erradicada.

8. Este origen seguramente ayude a comprender por qué existen tantas semejanzas materiales entre las penas y las medidas de seguridad de corte inocuidador dirigidas a imputables y por qué sus fundamentos no son tan sencillamente escindibles como a veces se pretende. Acerca de esto último, conviene insistir en que el fundamento de las medidas de seguridad no es la peligrosidad criminal. Dicha afirmación responde al carácter equívoco del concepto “fundamento” y contribuye a un malentendido en el que llevamos tiempo inmersos.

9. No existe algo así como un fundamento único de las medidas de seguridad. El fundamento de las medidas de seguridad imponibles a sujetos imputables (las razones que las justifican) es claramente diferenciable de aquel con el que cuentan las medidas de seguridad para sujetos inimputables. Sin embargo, apenas se puede distinguir del fundamento de imposición de las penas, si es que ello es en algún grado posible. En todo caso, el fundamento de las tres instituciones (penas, medidas para imputables y medidas para inimputables) requiere algo más que la mera invocación de la necesidad: demanda también un respaldo ético.

10. El fundamento ético más plausible para las medidas de seguridad de corte inocuidador destinadas a sujetos imputables las aproxima con claridad a las penas. Este no es otro que aquel que alude también a la responsabilidad del autor por el peligro que representa para los demás. Sin embargo, el precio de esta fundamentación es alto, pues supone una dificultad para su recta delimitación con las penas.

11. A la hora de atender a la distinción entre penas y medidas de seguridad destinadas a imputables es imprescindible prestar atención a las consecuencias que, en términos de garantías, derivarán de ello. Si, como aquí se sugiere, las penas y las medidas de esta clase son materialmente muy similares y su fundamento apenas se distingue, no parece sensato que unas y otras cuenten con un sistema de garantías muy diferenciado. El sentido de las garantías radica, esencialmente, en asegurar que las privaciones de derechos se encuentren sometidas a un mayor control conforme aumente su intensidad. Otros factores resultan relevantes para modular estas garantías, pero el núcleo esencial de ellas se vincula a la intensidad de la lesión que se puede producir. En este punto, las penas y medidas de seguridad escasamente se distancian. En consecuencia, a los efectos de esta investigación, poco importa si se denomina a las segundas también penas para acceder directamente a las garantías que le son propias a estas o si se extiende el manto de las garantías de las penas más allá de sí mismas para comprender también a esta clase de medidas.

12. Llegados a este punto se abren dos caminos: asumir que penas y medidas inocuidadoras para imputables *son* a efectos de garantías lo mismo y que, por tanto, no pueden acumularse sin más para hacer frente a la peligrosidad del sujeto imputable; o defender, por el contrario, que no son lo mismo, aunque sean muy parecidas. En este último caso, sin embargo, tampoco se puede llegar a la conclusión de que ambas formas de privación de libertad se hallen absolutamente desconectadas y de que puedan, en consecuencia, acumularse sin más penas y medidas. El principio constitucional de proporcionalidad de la intervención, por ejemplo, no se circunscribe a si *cada* intervención respeta los parámetros constitucionales, sino que analiza si el *conjunto* de la intervención lo hace.

13. Es razonable que el Derecho penal responda, en determinados términos y de manera contenida, a la peligrosidad de un sujeto responsable. De hecho, nuestro ordenamiento así ha procedido siempre, también antes de que la medida de seguridad de libertad vigilada fuera incluida en él. La pregunta acerca del control de la peligrosidad, en estos términos, no se ubica tanto en el *sí*, sino en el *cómo*.

14. El principio de culpabilidad se erige como un límite absoluto a la intervención frente al sujeto responsable. Sostener que dicho principio supone un obstáculo para una intervención que se reputa necesaria y que va más allá de la idea de “merecimiento” no

supone señalar tacha alguna en este, sino reafirmar su vigencia. Fue precisamente ese el propósito con el que tal principio (constitucionalmente consagrado) se concibió. En consecuencia, es en el marco del principio de culpabilidad en el que la intervención penal sobre el individuo imputable (peligroso o no) ha de desenvolverse.

15. En este marco, pese a todo, la peligrosidad puede jugar un papel (y, en realidad, siempre lo ha hecho). Al hilo de las instituciones analizadas en el primer capítulo se pudo comprobar que ello efectivamente era así. La *cantidad* de reacción penal puede distribuirse de distintos modos entre lo que convencionalmente se denomina pena o medida, pero el principio de culpabilidad rige como límite absoluto. Junto a él, existe otro límite relativo que se refiere a la necesidad de la intervención. Una medida de seguridad atenta a la peligrosidad del sujeto estará injustificada tan pronto como devenga innecesaria. Es preciso, no obstante que la reacción frente a tal peligrosidad se encuentre también fundamentada. Ello se consigue adscribiendo la peligrosidad al sujeto como una característica de la que este es, en un sentido lato, si se quiere, responsable. Es por esto último por lo que el principio de culpabilidad no resulta completamente contradictorio con una contenida restricción de derechos del sujeto responsable en atención a su peligrosidad.

CONCLUSIONS

We have reached the end of this investigation. Its development has led us to touch upon different fields of the criminal legal system, addressing them in a more or less detailed fashion, and to draw some conclusions that could perhaps contribute to the debate about what the law might legitimately do about the dangerousness of individuals that are, at the same time, fully culpable of their acts. On the way, some ideas have constantly been present: in some fashion at least, those are the basis for all this work.

First of all, we have in several different manners insisted on the much repeated (though not yet settled in the study of the criminal law with the desirable precision) postulate that *a legally justified decision requires to previously separate “is” from “ought”*. It demands, in other words, to sharply distinguish factual from normative questions. But this distinction should not at all lead us to forget that both of those aspects exist.

In the two first chapters (which we devoted to the study of criminal dangerousness) we saw how the discussion about the concept of “dangerousness” seemed to be excessively oriented to its factual dimension. Scholars of the criminal-legal field (among others) appeared to be more concerned by questions of a sheer empirical nature than by the (normative) repercussions that the concept necessarily carries with it and the corresponding (and again, normative) restrictions that should limit it.

In the chapters devoted to criminal culpability (chapters III and IV) we argued that it is impossible to determine the extent to which this central concept of legal theory is factual and the extent to which it is normative without first understanding the “method” through which we check whether someone is dangerous or not or, more accurately, through which we ascribe such property to a subject. We saw that this is accomplished through a structurally comparative, analogical procedure. But, as we then contended, every comparison (or analogy) is rooted in value judgments and filled with them, for it is indispensable to previously determine what factors are relevant and in what measure.

The same core idea (the need to separate the factual from the normative) was also very present in the two last chapters, oriented to the study of security measures. Throughout them, we argued that the issue of how the criminal law should react against the dangerousness of individual subjects obviously deserves to be closely examined. However, we did not believe that trying to answer this question in the abstract (“in the

air”) was a reasonable way to proceed. Instead, it is essential to pay attention to the particular legal context in which this discussion is embedded, for knowing what is actually being done—which is not always as clear as it should be—is a good basis on which to propose what ought to be done. In this particular field, it is unquestionable that our legal system already responds, and has for a very long time indeed responded, to the criminal dangerousness of individuals (be they culpable or not). In this regard, the issue becomes easier to redirect, for if there are solid grounds to claim that this actually is a legitimate practice (which we believe it is) it is indispensable to bear this reality in mind before we further limit the rights of those who have a tendency to reoffend.

A second guiding idea of this investigation, which has also been present, to a greater or lesser extent, in all of its chapters, concerns *the need to let the distinctions that are made be guided by their consequences*. The methodological approach has been very clear in this regard: when it comes to conceptual construction, criminal law theory cannot close its eyes to the legal consequences attached to each of the categories built. It seems almost obvious to say that concepts that are meant to influence reality (and not only describe it) must pay close attention to the effects they produce. This should not only be the point of departure in the construction of legal concepts (in our case, criminal dangerousness, culpability, punishment and security measures), but also the guideline according to which they are constantly reappraised. Distinctions that might be sensible in relation to the particular institutional background in which they are framed can become monstrous by means of a mere mutation of context.

In the first chapters, centred on criminal dangerousness, the fundamental outcome of this approach was to highlight the need for the criminal law to have its own concept of dangerousness, instead of limiting itself to import the one employed by behavioural sciences, whose goals have little to do with the criminal law and, correspondingly, with the consequences attached to it. A concept of dangerousness that aims to be useful for criminal law must bear in mind the effects it will produce. It is thus essential to distinguish between the dangerousness of culpable and not culpable individuals. As regards the former—which have been the genuine object of this investigation—dangerousness must be a feature that, to a greater or lesser extent, is apt to be ascribed to their responsibility. If not, it will either be the aftermath of a serious disorder (which will lead to the conclusion that the subject is not actually as culpable as we thought) or derive from purely

objective factors (nationality, age, sex, etc.) about which the subject can do nothing at all; and neither can the State, by the way, leaving aside a straightforward (and unwarranted) incapacitation.

This guiding idea (the orientation of distinctions to their consequences) likewise echoed in the chapters devoted to criminal culpability. We then contended that, given that culpability is not a property that can be merely verified, normative decisions on this point are imperative. And many of these decisions —though by no means all of them— must be oriented at the construction of the concept of the normal subject that the legal system addresses. The problem, as we argued, is that such conceptual construction carries with it very important consequences, for it predetermines, among other things, the level of virtue that the criminal law demands of its addressees. This is why a too broad irresponsibility defence (one supposedly generous towards the defendant) would lead to an excessively totalitarian society.

The same core idea also played a very important role in the last two chapters, oriented to the analysis of security measures. Throughout them, we claimed that the due distinction between two institutions as materially close to one another as penalties and incapacitating security measures addressed to culpable individuals, whose respective foundations are furthermore so difficult to disentangle, must always bear in mind the repercussions that the labelling of a practice in one sense or the other may entail. Taking into account that in our legal system criminal punishment and security measures are vested with different guarantees, we argued that the essential classification criterion should be one that does not leave certain forms of rights-deprivation wanting of the guarantees that should always accompany them.

One last basic idea that in a more or less express manner has set the pace of this investigation is the belief that, contrary to what is systematically (though perhaps not very thoughtfully) claimed, *the criminal law and its intervention do not conform the worst possible scenario for an individual*. Criminal law or, more precisely, punishment is no longer the sharpest instrument by means of which the State might have an impact on the conduct of those under its jurisdiction. The opposite idea might have made sense in relation to the context where it appeared and became mainstream. But, particularly as regards the object of this investigation, with the passing of the years other institutions

have emerged that can perfectly match up to punishment, although scholars tend to pay little or no attention to them.

On the one hand, concerning the concept of culpability, our current psychiatric structure is powerful enough to very severely curtail the rights of those subjects that are deemed irresponsible in order to escape the harshness of the criminal justice system, namely by inflicting coercive medical treatment on them. On the other, as regards security measures, our legal system and other Western ones have articulated administrative sanctions and civil institutions that operate alongside criminal penalties, restricting individual rights to an (at the very least) comparable extent. Unlike criminal penalties, however, such institutions lack a system of guarantees strong enough to protect the individual from this kind of interventions.

These three are, hence, the ideas that underpin this investigation: we need to know what is actually going on before we make a decision about what ought to be done; distinctions between legal concepts must be oriented to the consequences attached to them; and the criminal law, and particularly punishment, are nowadays not the greatest existing threats to the civil liberties of the people. Out of these ideas, in combination with others that became relevant at several points of the investigation, some final conclusions have been drawn, which we henceforth proceed to enumerate:

1. In our legal system, criminal dangerousness bears relevance for numerous institutions. The criminalisation of offences itself, as well the decisions whether, and how much, to punish take it into consideration. It furthermore inspires in a more or less direct way many other institutions, such as security measures, pre-trial detention, etc.

2. Actuarial (statistical) criteria employed to measure dangerousness (risk-assessment instruments) play nowadays a central role in the academic discussion and are generally deemed preferable. But even if one leaves aside their very questionable predictive capacity (which should not be done without justification) this is not their greatest disadvantage. The most serious objection that can be made to actuarial risk-assessment is that it in different ways intends to elude the ethical and legal constraints that must inescapably be borne in mind in order to legitimately attach effective consequences to the concept of punishment.

3. A concept of criminal dangerousness apt to affect the legal treatment of fully culpable individuals must, at least in some measure, refer to factors for which the subject in question can be “censured”. “Desert”, in a broad sense, is the ethically preferable criterion to guide the attribution of harmful legal consequences, and furthermore presents some behavioural advantages, for it deems the subject considered dangerous able to control the risk he poses to others.

4. The judgment by means of which the culpability of a subject is assessed is inescapably analogical in nature. Like every analogy, it no doubt presupposes a certain factual basis, but it also inevitably requires us to make different value judgments about it. In this specific sense, criminal culpability, at its core, is normative, for without such considerations it is simply impossible to tell whether someone is culpable or irresponsible.

5. The culpability judgment faces an important tension that can be condensed into the question of how much it is desirable to individualise. There are reasons, both axiological and prudential, that cast doubt upon the very often invoked maxim according to which we ought to individualise as much as possible. On the one hand, the stability and effectiveness of the system depend upon the extent up to which we may allow the idiosyncrasies of any particular subject to excuse him for his deeds. On the other, the social and legal consequences that a declaration of irresponsibility carries with it make it advisable to be more cautious than what is generally stated when it comes to making decisions of this sort.

6. Notwithstanding the very persuasive arguments put forward by a minority of authors that contend that to predicate both conditions of the same person would entail a “contradiction in terms”, a subject can be culpable and dangerous at the same time. The basic reasoning on which this assertion relies is that we are persuaded that the concepts of culpability and harmlessness should by no means be merged. It is not desirable to draw such a stark line between dangerous and not dangerous individuals. Each and every one of us is dangerous to some extent, and we build legal systems for ourselves, not for some special and wicked subjects with whom we cannot even feel identified.

7. It is not completely accurate to claim that in Western legal systems security measures originated little more than a century ago. In a sense, security measures are as old as

punishment itself. More precisely, penalties and security measures were the same until the appearance of liberal punishment. Before its emergence, a rather protean institution named “punishment” intended to satisfy needs of all sorts, including those with which contemporary security measures nowadays deal. The restriction in the scope of penalties brought about by the appearance of liberal guarantees led that part of the old, many-faced institution of “punishment” that we nowadays know as security measure to become detached from it; as, by the way, did many other parts thereof. From that day on, the basic point of discussion in this respect is whether such a security-centred component should once again become a part of punishment, conform a specific State reaction (inside or outside the criminal process), or else be altogether eradicated.

8. Such origin is surely helpful to understand why there are so many material similarities between penalties and security measures aimed at the incapacitation of culpable individuals, and why their foundations are not actually as easy to disentangle as it is sometimes claimed. In relation to this, it is worth insisting on the fact that the foundation of security measures is not criminal dangerousness. The misconception responds to the ambiguity of the term “foundation” and contributes to a very common and persistent misunderstanding.

9. There is no such thing as a unitary foundation of security measures. The foundation of security measures addressed to culpable individuals (the reasons on which they are grounded) is clearly different to that of security measures addressed to irresponsible subjects. However, it can barely (if at all) be distinguished from that of criminal punishment. In any event, establishing the foundations of these three institutions (penalties, security measures for the culpable and security measures for the irresponsible) requires more than the mere reference to necessity: it also requires ethical support.

10. The most plausible ethical foundation for incapacitating security measures addressed to culpable individuals clearly brings them close to penalties: it is no other than the subject’s responsibility for the danger that it poses to others. However, to draw this consequence entails paying a very high price indeed, for it becomes even more difficult to distinguish such measures from punishment itself.

11. When it comes to exploring the distinction between criminal penalties and security measures addressed to culpable individuals, it is essential to pay attention to the

consequences that said distinction entails in terms of guarantees. If, as we herein suggest, punishment and measures of this kind are akin both materially and in their foundations, it does not seem reasonable to equip each of these institutions with a wholly different system of guarantees. The purpose of guarantees is basically to ensure that right-privations are subject to a degree of control directly proportional to their intensity. Other factors are of course relevant in order to modulate such guarantees, but their essential core responds to the intensity of the harm that may be inflicted by the institution at issue. Penalties and security measures are virtually identical in this regard. As far as the present investigation is concerned, it is therefore irrelevant whether the latter are also called penalties in order for them to access the guarantees to which these are subject; or whether such guarantees are expanded to cover not only penalties, but also security measures of the sort examined here.

12. At this point, we may follow one of two alternative paths: we may assume that punishment and incapacitating security measures for culpable subjects *are indeed* the same thing as far as guarantees are concerned, and hence cannot simply be accumulated to respond to the dangerousness of a culpable individual; or we may contend, on the contrary, that they are not the same, although they resemble each other closely. This second path would however by no means allow us to draw the conclusion that both forms of liberty-deprivation are absolutely disconnected from one another, and that penalties and security measures thus can, without more, be accumulated. The constitutional principle of proportionality, for instance, does not address the question whether *each part* of an intervention abides by constitutional parameters, but takes that intervention as a *whole*, examining whether it respects those limits.

13. It is reasonable for the criminal law to respond, under certain conditions and always in a restrained fashion, to the dangerousness of culpable individuals. In fact, our legal system has always done so, even before it introduced the security measure of supervised release. In this regard, the important question is not *whether* the State should control such dangerousness or not, but *how* it should do it.

14. The principle of culpability stands as an absolute limit to interventions against responsible subjects. To hold that such principle hinders an intervention that although exceeding the idea of “desert” is nevertheless deemed necessary does not point to a fundamental flaw in the culpability principle; much to the contrary, it vindicates its

validity. This was precisely the purpose for which such (constitutionally recognised) principle was originally conceived. Penal intervention against responsible individuals (whether dangerous or not) must therefore inescapably unfold within the framework set by the principle of culpability.

15. Within such limits, dangerousness may nonetheless still play a role (as it has in fact always done). The institutions depicted in the first chapter show that this is indeed the case. The *quantity* of penal reaction can be distributed in different ways between what is conventionally called punishment and security measures, but the principle of culpability operates as an absolute limit. Alongside with it, the concept of necessity of the intervention functions, on its part, as a second (and relative) limiting principle. A security measure conceived as a response to the individual's dangerousness will be unwarranted as soon as it becomes unnecessary. It is furthermore required, however, that such a response is ethically supported, which is achieved by ascribing dangerousness to the subject as a property for which he is, in a broad sense, responsible. This is why a restrained curtailment of a responsible individual's rights on the grounds of his dangerousness does not completely contradict the principle of culpability.

BIBLIOGRAFÍA*

ABEL SOUTO, M., *La suspensión de la ejecución de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

ACALE SÁNCHEZ, M., “**Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable** desde la perspectiva del derecho penitenciario”, en ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y PÉREZ MANZANO, M. (Eds.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2016, pp. 163-170.

ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Iustel, Madrid, 2016.

ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Schweitzer, Berlín, 1974.

ACHTER, V., *Geburt der Strafe*, Vittorio Klosterman, Frankfurt, 1951.

AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Iustel, Madrid, 2008.

AHARONI, E., et al., “Neuroprediction of future rearrest”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 110, n.º 15, 2013, pp. 6.223-6.228.

ALBRECHT, H. J., “Pre-Trial Detention in Germany. The Empirical Situation”, en ALBRECHT, H. J. y GUANGZHONG, C. (Eds.): *Coercive Measures in a Socio-Legal Comparison of the People’s Republic of China and Germany*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, 2004, pp. 117-136.

ALBRECHT, P. A. “Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, pp. 193 y ss.

ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981.

* A continuación, se ofrece el listado bibliográfico empleado. Cuando el trabajo en cuestión aparece citado una única vez a lo largo de la investigación ofrecida se encuentra referenciado en los mismos términos que aquí se expresa. En cambio, si la obra ha aparecido mencionada en más de una ocasión, la primera vez ha sido citada siguiendo el formato aquí expuesto y en las siguientes ocasiones, para facilitar la lectura, con una mera referencia a lo resaltado en negrita.

ALONSO ÁLAMO, M., “Bases para una fundamentación material de la culpabilidad: libertad de la voluntad ‘en la brecha’ y neurociencias”, en BACIGALUPO SAGGESE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. y ECHANO BASALDUA, J. I., (Coords.): *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 3-20.

ALONSO ÁLAMO, M., “La culpabilidad jurídica en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad”, en MARAVER GÓMEZ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coords.): *La culpabilidad*, BdeF, Buenos Aires, 2019, pp. 1-48.

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

ALONSO RIMO, A., “¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos? Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, pp. 461-510.

ANDRÉS PUEYO, A. y ECHEBURÚA, E., “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”, *Psicothema*, vol. 22, n.º 3, 2010, pp. 403-409.

ANDRÉS PUEYO, A. y REDONDO ILLESCAS, S., “Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 28, 2007, pp. 157-173.

APPEL, I., *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998.

ARBACH LUCIONI, K. y ANDRÉS PUEYO, A., “Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR-20”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 28, 2007, pp. 174-186.

ARBACH LUCIONI, K., et al., “La práctica de la evaluación del riesgo de violencia en España”, *Revista de la Facultad de Medicina*, vol. 63, n.º 3, 2015, pp. 357-366.

ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013.

ASHWORTH, A. y ZEDNER, L., “Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 2, 2008, pp. 21-51.

ASÚA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”, *Doxa*, n.º 2, 1985, pp. 223-232.

BALTZER, U., *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters*, Kriminologische Zentralstelle, Wiesbaden, 2005.

BARBER BURUSCO, S., “**Libertad vigilada** para imputables y cumplimiento de la pena de prisión”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1309-1321.

BARNETT, J. D., “The Grounds of Pardon”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 17, 1927, pp. 490-530.

BARONA VILAR, S., “Prisión provisional: ‘solo’ una medida cautelar”, *Actualidad Penal*, n.º 42, 2000, pp. 1-18 (en versión electrónica y formato PDF).

BASSO, G. J., **Determinación judicial de la pena** y proporcionalidad con el hecho, Marcial Pons, Madrid, 2019.

BASKIN-SOMMERS, A. R., “Dissecting Antisocial Behavior: The Impact of Neural, Genetic, and Environmental Factors”, *Clinical Psychological Science*, vol. 4, 2016, pp. 500-510.

BAUMANN, J., *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1979.

BAYÓN MOHÍNO, J. C., **La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BAYÓN MOHÍNO, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. 2, n.º 4, 2010, pp. 6-30.

BAYÓN MOHÍNO, J. C., “Presunción de inocencia y carga de la prueba”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 61-76.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “**El peligroso retorno al Derecho penal de la peligrosidad** en la legislación penal española del s. XXI”, en MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 931-952.

BENITO LÓPEZ, R., “La relación jurídica penitenciaria”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 15, 2007, pp. 57-90.

BERISTÁIN IPIÑA, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo: teoría, legislación positiva y realización práctica*, Reus, Madrid, 1974.

BETTIOL, G., “I problemi di fondo delle misure di sicurezza”, en *Stato di Diritto e Misure di Sicurezza*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Padua, 1962, pp. 1-18.

BLASIUS, D., *Der verwaltete Wahnsinn: Eine Sozialgeschichte des Irrenhauses*, Fischer, Hamburgo, 1980.

BLASIUS, D., *Umgang mit Unheilbarem: Studien zur Sozialgeschichte der Psychiatrie*, Psychiatrie-Verlag, Hannover, 1986.

BLAY GIL, E., “Riesgo y penas comunitarias. El papel del riesgo en los protocolos para la supervisión de penados en la comunidad”, en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Ed.): *Delincuentes peligrosos*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 81-96.

BOCKELMANN, P. y VOLK, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Beck, Múnich, 1987.

BOETTICHER, A., “Sicherungsverwahrung und Prognosegutachten aus revisionsrechtlicher Sicht”, en BARTON, S. (Ed.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 87-118.

BOETTICHER, A., et al., “Zum richtigen Umgang mit Prognoseinstrumenten durch psychiatrische und psychologische Sachverständige und Gerichte”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n.º 9, 2009, pp. 478-481.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, n.º 2, 2009, pp. 290-315.

BONSIGNORE FOUQUET, D., “La imagen legal del delincuente imputable peligroso: reflexiones a través de la libertad vigilada”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 13-64.

BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18, 2012, pp. 1-57.

BORJA JIMÉNEZ, E., “Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n.º 87, 2015, pp. 120-159.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A., “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, *InDret*, n.º 2, 2014, pp. 1-27.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016.

BRENNEIS, V. M., *Rechtspolitische Implikationen von Gefährlichkeitsprognosen im Vollzug von Maßregeln nach § 63 StGB*, Peter Lang, Frankfurt, 2010.

Brief of Amicus Curiae American Psychological Association (Caso: Sherman Lamon Fields).

Brief of Amicus Curiae for the American Psychiatric Association (Caso: Barefoot v. Estelle).

BUSTOS RAMÍREZ, J. J., “Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la peligrosidad”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 3-9.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Nuevo sistema de derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J., “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, n.º 7, 2006, pp. 1-6.

CALLIESS, R. P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt, 1974.

CALLIESS, R. P., *Dialogisches Recht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2005.

CÁMARA ARROYO, S., “Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 67, 2014, pp. 239-320.

CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Buenos Aires, 2006 (dos volúmenes).

CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 85-152.

CANCIO MELIÁ, M., “Partial Defences Due to Loss of Control and Diminished Responsibility under Spanish Criminal Law”, en REED, A. y BOHLANDER, M. (Eds.): *Loss of Control and Diminished Responsibility: Domestic, Comparative and International Perspectives*, Ashgate, Farnham, 2011, pp. 341-351.

CANCIO MELIÁ, M., “Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía: Algunas reflexiones sobre la perspectiva española”, en DE FARIA COSTA, J. y KINDHÄUSER, U. (Coord.): *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 257-276.

CANCIO MELIÁ, M., “**Psicopatía y Derecho penal**: algunas consideraciones introductorias”, en FEIJOO SÁNCHEZ, B. (Ed.): *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 261-286.

CANCIO MELIÁ, M., “La pena de cadena perpetua (‘prisión permanente revisable’) en el Proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, n.º 8175, 2013, pp. 1-9 (en versión electrónica y formato PDF).

CANO PAÑOS, M. A., “La contaminación preventivo-policial del Derecho Penal. A propósito de la ley alemana para la Persecución de la Preparación de Delitos Violentos Graves contra la Seguridad del Estado, de 30 de julio de 2009”, *Cuadernos de política criminal*, n.º 102, 2010, pp. 145-192.

CARBONELL MATEU, J. C., “Aspectos penales”, en CARBONELL MATEU, J. C., GÓMEZ COLOMER, J. L. y MENGUAL I LLULL, J. B.: *Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Civitas, Madrid, 1972, pp. 19-72.

CARDENAL MONTRAVETA, S., “Función de la pena y suspensión de su ejecución: ¿Ya no ‘se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto’?”, *InDret*, n.º 4, 2015, pp. 1-34.

CARUSO FONTÁN, M. V., *El delincuente imputable peligroso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CASANUEVA SANZ, I., “Una revisión del concepto de imputabilidad desde las ciencias de la salud. Su compatibilidad con la regulación penal vigente”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, 2014, pp. 15-46.

CASTELLVÍ MONSERRAT, C., “Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, *InDret*, n.º 1, 2019, pp. 1-66.

CASTILLO ARA, A., *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2019.

CASTRO LIÑARES, D., *Los instrumentos de valoración y gestión del riesgo en el modelo de penalidad español*, Reus, Zaragoza, 2019.

CAUCHIE, J. F. y CHANTRAINE, G., “Use of Risk in the Government of Crime. New Prudentialism and New Penology”, *Champ Pénal*, vol. II, 2005.

CEREZO MIR, J., “Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, n.º 3, 1996, pp. 1-17 (en versión electrónica y formato PDF).

CERVELLÓ DONDERIS, V., “Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena”, *La Ley Penal*, n.º 106, 2014, pp. 1-24 (en versión electrónica y formato PDF).

CERVELLÓ DONDERIS, V., “**Suspensión de la pena** y valoración de peligrosidad criminal”, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 445-480.

CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CHIAO, V., *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, Oxford University Press, Nueva York, 2019.

CIGÜELA SOLA, J., *Crimen y castigo del excluido social: sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

COCA VILA, I., “Our ‘Barbarians’ at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool”, *Criminal Law and Philosophy*, 2019, pp. 1-19 (en versión electrónica y formato PDF).

COLOMER BEA, D., “La incriminación del terrorismo individual en la reforma penal de 2015: ¿violencia política organizada?”, en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dirs.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 135-158.

CORNEL, H., “Zum Begriff der Resozialisierung”, en CORNEL, H., KAWAMURA-REINDL, MAELICKE, B. y SONNEN, B. R. (Ed.): *Resozialisierung. Handbuch*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 27-60.

CORRADO, M. L., “Punishment and the wild beast of prey: The problem of preventive detention”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, 1996, pp. 778-814.

CORRADO, M. L., *Presumed dangerous. Punishment, Responsibility, and Preventive Detention in American Jurisprudence*, Carolina Academic Press, Durham, 2013.

CORRECHER MIRA, J., “El concepto de pena y medida de seguridad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: implicaciones en el estudio de la peligrosidad”, en ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M. (Dirs.): *Peligrosidad Criminal y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 229-250.

CORRECHER MIRA, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CORRECHER MIRA, J., “Aproximación al tratamiento de la ludopatía en el sistema español”, *Revista Española de Drogodependencias*, n.º 44, 2019, pp. 105-117.

COUSO SALAS, J., *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CRESCIONI, A. W., et al., “Subjective correlates and consequences of belief in free will”, *Philosophical Psychology*, vol. 24, n.º 1, 2016, pp. 41-63.

CHRISTIE, N., *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto*, COSTA, S. (Trad.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

CUERDA ARNAU, M. L., “**La función de la dogmática:** (una crítica desde la concepción significativa de la acción)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 485-495.

CUERDA ARNAU, M. L., “Autoadiestramiento v. autoadocctrinamiento terrorista (analogías y diferencias entre la regulación española y la italiana)”, en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. (Coords.): *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1837-1858.

CUERDA ARNAU, M. L., “Actos protopreparatorios, principio del hecho y ofensividad delictiva”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 99-115.

CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adocctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

DAHLE, K. P., “Methodische Grundlagen der Kriminalprognose”, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, vol. 1, n.º 2, 2007, pp. 101-110.

DEI VECCHI, D., “La peligrosidad judicial: sobre la justificación de la premisa fáctica de la prisión preventiva en la decisión judicial y algunas críticas no tan frecuentes”, *La Ley Penal*, n.º 115, 2015, pp. 1-19 (en versión electrónica y formato PDF).

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Dykinson, Madrid, 2003.

DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Bosch, Barcelona, 1998.

DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.): *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2007, pp. 17-36.

DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Penas de prisión de larga duración: eficacia *versus* legitimidad, determinación *versus* ejecución”, en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.): *Penas*

de prisión de larga duración: una perspectiva transversal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 35-120.

DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., “Imputabilidad y fines de la pena: la relación de los efectos psicológicos previstos en el art. 20 y en el art. 60 CP”, *Estudios de Derecho judicial*, n.º. 110, 2006, pp. 263-280.

DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”, *InDret*, n.º 2, 2011, pp. 1-38.

DEMETRIO CRESPO, E., *Fragmentos sobre neurociencias y Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2017.

DENNET, D., *Condiciones de la cualidad de persona*, MURILLO, L. (Trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1989.

DENNO, D. W., “The Myth of the Double-Edged Sword: An Empirical Study of Neuroscience Evidence in Criminal Cases”, *Boston College Law Review*, vol. 56, n.º 2, 201, pp. 492-551.

DESMARAIS, S. L., et al., “Community Violence Perpetration and Victimization Among Adults with Mental Illness”, *Research and Practice*, vol. 194, n.º 12, 2014, pp. 2342-2349.

DESSECKER, A., *Gefährlichkeit und Verhältnismässigkeit: Eine Untersuchung zum Massregelrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2004.

DE WAAL, F., *El bonobo y los diez mandamientos: En busca de la ética entre los primates*, GARCÍA LEAL, A., (Trad.), Tusquets Editores, Barcelona, 2014.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El enajenado y su tratamiento jurídico-penal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 41, 1988, pp. 465-502.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Las medidas de seguridad en el Código Penal español de 1995”, *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, n.º 5, 2002, pp. 183-199.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “*Ne bis in idem* material y procesal”, *Revista de Derecho*, vol. 9, 2013, pp. 9-27.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 6, 2004, pp. 1-34.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 69, 2006, pp. 198-248.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Aspectos generales de la imputabilidad”, en PANTOJA GARCÍA, F. y BUENO ARÚS, F. (Dir.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 13-34.

DIMOCK, S., “Criminalizing Dangerousness: How to Preventively Detain Dangerous Offenders”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 9, n.º 3, 2015, pp. 537-560.

DOVAL PAIS, A., “Las consecuencias jurídicas innominadas: una reflexión sobre los límites del principio de legalidad penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 1-29.

DRENKHAHN, K., “Was ist Gefährlichkeit?— Über eine vielbeschworene Eigenschaft von Straftätern”, en BRÜNHOBBER, B. (Ed.): *Strafrecht im Präventionsstaat*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2014, pp. 153-169.

DUDLEY JR., E. C., “Getting beyond the civil/criminal distinction: a new approach to the regulation of indirect contempts”, *Virginia Law Review*, vol. 79, 1993, pp. 1025-1098.

DUFF, R. A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

DUFF, R. A., *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico*, MARTÍNEZ BRETONES, V. (Trad.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005 (publicación original: 1895).

EBERMAYER, E., *Schuld und Gefährlichkeit im Entwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch*, De Gruyter, Berlín, 1923.

EHER, R., et al., “Ermittlung des relativen und absoluten Rückfallrisikos mithilfe des Static-99 in einer deutschsprachigen Population entlassener Sexualstraftäter“, *Forensische, Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, vol. 6, n.º 1, 2012, pp. 32-40.

EISENBERG, U., *Strafe und Freiheitsentziehende Massnahme*, Kriminalistik Verlag, Hamburgo, 1967.

ENCINAS DE MUÑAGORRI, R. y SAAS, C., “France. Is the Evidence Too Cerebral to Be Cartesian?”, en MORATTI, S. y PATTERSON, D. (Eds.): *Legal Insanity and the Brain. Science, Law and European Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 77-110.

ENGISCH, K., *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, GUZMÁN DALBORA, J. L. (Trad.), BdeF, Buenos Aires, 2006 (publicación original: 1965).

ERICSON, R. V., “Ten Uncertainties of Risk-Management Approaches to Security”, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 48, n.º 3, pp. 345-356.

ESBEC RODRÍGUEZ, E., “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Psicopatología Clínica legal y forense*, vol. 3, n.º 2, 2003, pp. 45-64.

ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.

EXNER, F., *Die Theorie der Sicherungsmittel*, J. Guttentag, Berlín, 1914.

FALK, A. J., “Sex Offenders, Mental Illness and Criminal Responsibility: The Constitutional Boundaries of Civil Commitment after Kansas v. Hendricks”, *American Journal of Law and Medicine*, vol. 25, 1999, pp. 117-147.

FARAHANY, N. A., “Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis”, *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 2, 2016, pp. 485-509.

FARAHANY, N. A., “A Neurological Foundation of Freedom”, en PATTERSON, D. y PARDO, M. S. (Eds.): *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford University Press, Croydon, 2016, pp. 51-68.

FEELEY, M. y SIMON, J., “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law”, en FEELEY, M. (Ed.): *Crime, Law and Society. Selected Essays*, Routledge, Londres, 2013, pp. 173-201.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, *InDret*, n.º 1, 2007, pp. 1-20.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *InDret*, n.º 2, 2011, pp. 1-57.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “**La libertad vigilada** en el Derecho penal de adultos”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., (Dir.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 213-239.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 65, 2012, pp. 99-125.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, pp. 269-298.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, BdeF, Buenos Aires, 2014.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Trastorno mental sobrevenido tras la firmeza de la sentencia y potestad penal”, *Estudios de Derecho judicial*, n.º 110, 2006, pp. 219-262.

FERRI, E., *Sociología criminal*, SOTO Y HERNÁNDEZ, A. (Trad.), Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1907.

FERRI, E., *Principios de Derecho criminal*, RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. (Trad.), Reus, Madrid, 1933.

FIGUEIREDO DIAS, J., “Sobre el sistema ‘tendencialmente monista’ o del ‘monismo práctico’ de las reacciones criminales”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 927-937.

FIGGIS, H. y SIMPSON, R., *Dangerous Offender Legislation: An Overview. Briefing Paper n.º 14/97*, NSW Parliamentary Library Research Service, 1997.

FISCHER, J. M., “Responsiveness and Moral Responsibility”, en SHOEMAN, F. (Ed.): *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, pp. 81-106.

FLORES PRADA, I., *Peligrosidad social predelictual y trastorno mental*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

FLOUD, J., “Dangerousness and Criminal Justice”, *The British Journal of Criminology*, vol. 22, n.º 3, 1982, pp. 213-228.

FORDE, R. A., *Bad Psychology: How Forensic Psychology Left Science Behind*, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2018.

FOSTER, R., *Psychiatrische Macht und rechtliche Kontrolle*, Döcker, Viena, 1997.

FOUCAULT, M., *Los anormales*, PONS, H. (Trad.), Akal, Madrid, 2001 (publicación original: 1975).

FOUCAULT, M., *Historia de la locura en la época clásica. Tomo I*, 2ª ed., UTRILLA, J. J. (Trad.), Fondo de cultura económica, México, D. F., 2014 (publicación original: 1972).

FOUCAULT, M., *El orden del discurso*, GONZÁLEZ TROYANO, A. (Trad.), Austral, Barcelona, 2018 (publicación original: 1970).

FOX, A. R., KVARAN, T. H. y FONTAINE, R. G., “Psychopathy and Culpability: How Responsible Is the Psychopath for Criminal Wrongdoing?”, *Law and Social Inquiry*, vol. 38, n.º 1 (invierno 2013), pp. 1-26.

FRANCES, A., *¿Somos todos enfermos mentales?: manifiesto contra los abusos de la psiquiatría*, PAREDES, J. (Trad.), Ariel, Barcelona, 2014.

FRANK, R., *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, ABOSO, G. E. y LÖW, T. (Trads.), BdeF, Buenos Aires, 2011 (publicación original: 1907).

FRÍAS CABALLERO, J., *Imputabilidad penal*, Ediar, Buenos Aires, 1981.

FREUDENTHAL, B., *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, GUZMÁN DÁLBORA, J. L. (Trad.), BdeF, Buenos Aires, 2014 (publicación original: 1922).

FREUND, G., “**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”, en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Ed.): *Delincuentes peligrosos*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 25-48.

FRIEDLAND, S. I., “On Treatment, Punishment, and the Civil Commitment of Sex Offenders”, *University of Colorado Law Review*, vol. 70, 1999, pp. 73-154.

FRISCH, W., *Prognoseentscheidungen im Strafrecht. Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung beim Nichtwissen*, Decker, Heidelberg, 1983.

FRISCH, W., “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, ZIFFER, P. (Trad.), *InDret*, n.º 3, 2007, pp. 1-52.

FRISCH, W., “Das Bundesverfassungsgericht und die **Sicherungsverwahrung**”, en HECKMANN, D., SCHENKE, R. P. y SYDOW, G. (Eds.): *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 959-982.

FRISCH, W., “**Zur Zukunft des Schuldstrafrecht** — Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften“, en HEGER, M., KELKER, B. y SCHRAMM, E. (Eds.): *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, Beck, Múnich, 2014, pp. 187-212.

FRISCH, W., “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, COCA VILA, I. (Trad.), *InDret*, n.º 3, 2014, pp. 1-30.

FRISCH, W., “El tratamiento jurídico-penal de autores **reincidentes peligrosos**”, CANCIO MELIÁ, M. (Trad.), en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1369-1393.

FRISTER, H., *Die Struktur des "voluntativen Schuldelements". Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

FRISTER, H., *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988.

FRISTER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2015.

FRISTER, H., *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*, BÉGUELIN, J. R., GALLI, M. M., y SANCINETTI, M. A. (Trads.), Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

GALÁN MUÑOZ, A., “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 2016, pp. 95-138.

GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, CEDECS, Barcelona, 1995.

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

GARCÍA ARÁN, M., “¿Penas o medidas? Del garantismo a la confusión”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 393-405.

GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, pp. 601-628.

GARCÍA RIVAS, N., “Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.): *Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 641-667.

GARCÍA RIVAS, N., “Los ‘anormales’ y su discriminación penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 377-390.

GÄRDITZ, K. F., *Strafprozess und Prävention: Entwurf einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeit- und Funktionenordnung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2003.

GÄRDITZ, K. F., *Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?*, Schoeningh Ferdinand, Múnich, 2015.

GARDNER, J., *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

GARLAND, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, University of Chicago Press, Chicago, 2001.

GARÓFALO, R., *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, DORADO MONTERO, P. (Trad.), BdeF, Buenos Aires, 2005 (publicación original: 1885).

GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140-161 (publicación original: 1971).

GIMBERNAT ORDEIG, E., “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 162-181 (publicación original: 1971).

GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GONZÁLEZ COLLANTES, T. y SÁNCHEZ VILANOVA, M., “Psicopatía y medidas de seguridad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 127-171.

GONZÁLEZ DURO, E., *Los psiquiatras de Franco. Los rojos no estaban locos*, Península, Barcelona, 2008.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *La imputabilidad en el Derecho Penal español. Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Comares, Granada, 1994.

GONZÁLEZ LAGIER, D., *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ MONJE, A., “Aproximación a algunos aspectos controvertidos del internamiento de menores por trastornos de conducta”, *Diario La Ley*, n.º 9.540, 2019, pp. 1-11 (en versión electrónica y formato PDF).

GOODALL, J., *En la senda del hombre*, RODRÍGUEZ PUÉRTOLAS, J. y CRIADO, C. (Trads.), Salvat, Barcelona, 1986.

GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GRECO, L., *Feindstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2010.

GRECO, L., “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal”, PASTOR MUÑOZ, N. (Trad.), *InDret*, n.º 4, 2010, pp. 1-35.

GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, DROPULICH, P. y BÉGUELIN, J. R. (Trads.), Marcial Pons, Madrid, 2015 (publicación original 2009).

GRECO, L., *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Duncker & Humblot, Berlín, 2015.

GREENSPAN, P., “Unfreedom and Responsibility”, en SHOEMAN, F. (Ed.): *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, pp. 63-80.

GROSCURTH, T. P., *Sicherheit durch Sicherung*, Peter Lang, Frankfurt, 2017.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2004.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al sistema de sanciones penales: Nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2011.

GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GÜNTHER, K., *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Klostermann, Frankfurt, 2005.

HAACK, S., *Evidence matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

HADDENBROCK, S., *Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit)*, Walter de Gruyter, Berlín, 1992.

HAFT, F., *Der Schuldiallog. Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht*, Alber-Broschur Rechts- und Sozialwissenschaft, München, 1978.

HANOULLE, K. y VERBRUGGEN, F., “‘Neuroskepticism’ in the Courtroom: The Limited Role of Neuroscientific Evidence in Belgian Criminal Proceedings”, en MORATTI, S. y PATTERSON, D. (Eds.): *Legal Insanity and the Brain. Science, Law and European Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 41-76.

HARCOURT, B. E., “From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution”, *Texas Law Review*, vol. 84, 2006, pp. 1751-1786.

HARCOURT, B. E., *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, The University Chicago Press, Chicago, 2007.

HARCOURT, B. E., “Neoliberal penalty. A brief genealogy”, *Theoretical Criminology*, vol. 14, 2010, pp. 74-92.

HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593-629.

HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1968.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.

HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008.

HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, MUÑOZ CONDE, F. y ARROYO ZAPATERO, L. (Trads.), Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, W., **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho penal**, MUÑOZ CONDE, F. y DEL MAR DÍAZ PITA, M. (Trad.), Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.

HASSEMER, W., “Grenzen des Wissens im Strafprozess. Neuvermessung durch die empirische Wissenschaften vom Menschen?“, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 121, 2009, pp. 829-859.

HASSEMER, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, CANCIO MELIÁ, M. (Trad.), *InDret*, n.º 2, 2011, pp. 1-15.

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, CANCIO MELIÁ, M. y MUÑOZ CONDE, F. (Trads.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., MENDOZA DE MONTERO, A. (Trad.), Casa Juan Pablos, México D. F., 2004 (publicación original: 1821).

HEINEMANN, I., *Die Erledigung freiheitsentziehender Maßregeln im Verhältnis zur Rechtskraft ihres Anordnungsurteils*, LIT, Berlín, 2015.

HEWITT, J. L., “Dangerousness and Mental Health Policy”, *Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing*, vol. 15, 2008, pp. 186-194.

HO, H. L., *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

HÖRNLE, T., “Der Streit um die Sicherungsverwahrung. Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n.º. 9, 2011, pp. 488-493.

HÖRNLE, T., *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2013.

HUERTA TOCILDO, S., “**Una extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada**”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A., (Coords.): *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 117-138.

HUERTA TOCILDO, S., “**El derecho a la legalidad penal**”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, BOE/Ministerio de Justicia/Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 897-919.

HUSAK, D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

HUSAK, D., “Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishment”, *San Diego Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1173-1204.

HUSAK, D., “**Preventive Detention as Punishment?**”, en ASHWORTH, A., ZEDNER, L. y TOMLIN, T. (Eds.): *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 178-193.

INNES, M., *Understanding Social Control: Deviance, Crime and Social Order*, Open University Press, Glasgow, 2003.

ISAAC, R. J., “Put Sex Predators Behind Bars, Not on the Couch”, *Wall Street Journal, Eastern edition*, 8 de mayo de 1998.

JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1991.

JAKOBS, G., *Fundamentos del Derecho penal*, CANCIO MELIÁ, M. y PEÑARANDA RAMOS, E., (Trads.), Ad—hoc, Buenos Aires, 1996.

JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., (Trads.), Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., (Trads.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2003 (reimpresión de 2016).

JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y **Derecho penal del enemigo**”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 21-56.

JAKOBS, G., “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 57-84.

JAKOBS, G., “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, PASTOR MUÑOZ, N. (Trad.), *InDret*, n.º 1, 2009, pp. 1-16.

JESCHECK, H. H., y WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996.

JORGE BARREIRO, AG., *Las medidas de seguridad en el Derecho español: un estudio de la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970, y de la doctrina de la Sala de apelación de peligrosidad*, Civitas, Madrid, 1976.

JORGE BARREIRO, AG., “La reforma de 1978 a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1983, pp. 483-532.

JORGE BARREIRO, AG., “Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal español”, *Jueces para la democracia*, n.º 25, 1996, pp. 46-52.

JORGE BARREIRO, AG., “El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995”, *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 6, 2000, pp. 177-222.

JORGE BARREIRO, AG., “**Crisis actual del dualismo** en el Estado social y democrático de Derecho”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 143-192.

JORGE BARREIRO, AG., “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, *Libertas*, n.º 0, 2012, pp. 144-195.

JOSHI JUBERT, U., “Algunas consideraciones sobre la **‘infracción penal’ cometida por un enfermo mental**”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 643-650.

JOSITSCH, D., EGE, I. y SCHWARZENEGGER, C., *Strafrecht II. Strafen und Massnahmen*, 9ª ed., Schulthess, Zúrich, 2018.

JUNG, H., *Was ist Strafe?*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

KAHAN, D. M. y NUSSBAUM, M. C., “Two conceptions of emotion in Criminal Law”, *Columbia Law Review*, vol. 96, 1996, pp. 269-374.

KAHNEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, CHAMORRO MIELKE, J. (Trad.), DeBolsillo, Barcelona, 2012.

KAISER, G., *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle: Legitimation, Wirklichkeit und Alternativen*, Athenäum, Frankfurt, 1972.

KAMMEIER, H., *Massregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, Walter de Gruyter, Berlín, 1996.

KAMMEIER, H., “Entstehung und Entwicklung von Maßregelrecht und Maßregelvollzug”, en KAMMEIER, H. y POLLÄHNE, H. (Eds.): *Maßregelvollzugsrecht*, 4ª ed., De Gruyter, Berlín, 2018, pp. 1-30.

KAUFMANN, ART., *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., Carl Winter, Heidelberg, 1976.

KAUFMANN, ART., “**Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**”, en WARDA, G., WAIDER, H., VON HIPPEL, R. y MEURER, D. (Eds.): *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín, 1976, pp. 27-38.

KAUFMANN, ART., *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., R. V. Decker und C. F. Müller, Heidelberg, 1982.

KAUFMANN, ART., “Schuld und Prävention”, en BRODA, C., DEUTSCH, E., SCHREIBER, H. L. y VOGEL, H. J. (Eds.): *Festschrift für Rudolf Wassermann*, Luchterhand, Darmstadt, 1985, pp. 889-897.

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, NILVE, M. (Trad.), 17ª ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1981 (publicación original: 1953).

KERTAI, B., *Sicherheit, Risiko und Opferschutz*, Peter Lang, Frankfurt, 2014.

KINDHÄUSER, U., “**Retribución de culpabilidad y pena**”, PASTOR MUÑOZ, N. (Trad.), en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 147-180.

KINDHÄUSER, U., “**La fidelidad al Derecho** como categoría de la culpabilidad”, GARCÍA CAVERO, P. (Trad.), en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 68-115.

KINDHÄUSER, U., “**Culpabilidad jurídico-penal** en el Estado democrático de derecho”, MAÑALICH RAFFO, J. P. (Trad.), en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 211-232.

KINDHÄUSER, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2011.

KINDHÄUSER, U. y SCHUMANN, K. H., *Strafprozessrecht*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019.

KÖHLER, M., *Der Begriff der Strafe*, Decker/Müller, Heidelberg, 1986.

KORPONAY, C. y KOENIGS, M., “**The Neurobiology of Antisocial and Amoral Behaviour**: Insights from Brain Science and Implications for Law”, en MORATTI, S. y PATTERSON, D. (Eds.): *Legal Insanity and the Brain. Science, Law and European Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 9-40.

KRAUSS, D. A., et al., “**Limited Expertise and Experts**: Problems with the Continued Use of Future Dangerousness in Capital Sentencing”, en SCHOPP, R. F., et al. (Eds.): *Mental Disorder and Criminal Law*, Springer, Nueva York, 2009, pp. 135-157.

KRETSCHMER, J., *Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999.

KRÜMPELMANN, J., “Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, pp. 337-360.

KÜHNE, H. H., *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8ª ed., C. F. Müller, Fulda, 2010.

LACAL CUENCA, P., PEÑARANDA DEL RÍO, J. y SOLAR CALVO, P., “¿Debe un enfermo mental estar en prisión? Situación actual y cuestiones que plantea la STC 84/2018, de 16 de julio”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 30, 2018, pp. 1-36.

LARSEN, M. F. y SCHOPP, R. F., “Sexual Predators Laws: Clarifying the Relationship Between Mental Health Laws and Due Process Protections”, *Nebraska Law Review*, vol. 97, 2019, pp. 1167-1198.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Fines legítimos de la prisión provisional”, *Repertorio del Tribunal Constitucional (Aranzadi)*, Tomo IV, 1998, pp. 321 y ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “**Por un Derecho penal sólo penal**: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador”, en JORGE BARREIRO, AG. (Coord.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 587-625.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Prisión provisional mínima”, en DA COSTA ANDRADE, M., JOÃO ANTUNES, M. y AIRES DE SOUSA, S. (Coords.): *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Universidad de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 897-921.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., y MARTÍNEZ GARAY, L., “Dictamen sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable”, en ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y PÉREZ MANZANO, M. (Eds.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2016, pp. 17-82.

LATAGLIATA, A. R., *Contribución al estudio de la reincidencia*, TOZZINI (Trad.), Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1963.

LAUDAN, L., *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

LEAL MEDINA, J., *La historia de las medidas de seguridad: de las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

LEAL MEDINA, J., “El concepto de peligrosidad en el Derecho penal español. Proyección legal y alcance jurisprudencial. Perspectivas actuales y de futuro”, *Diario La Ley*, n.º 7.643, 2011, pp. 14 (en versión electrónica y formato PDF).

LLABRÉS FUSTER, A. y MARTÍNEZ GARAY, L., “‘Exigencias’ dogmáticas y tenor literal de la ley: el caso de la **imputabilidad disminuida en el código penal alemán**”, en VIVES ANTÓN, T. S., CUERDA ARNAU, M. L. y GÓRRIZ ROYO, E. (Eds.): *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 104-111.

LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

LLOBET ANGLÍ, M., “¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31, 2015, pp. 227-251.

LLORCA ORTEGA, J., “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, en VIVES TOMÁS, A. y MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (Dirs.): *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 215-278.

LOMBROSO, C., *Los criminales*, Centro Editorial Presa, Barcelona, 1899.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004.

LÓPEZ LORCA, B., “La prisión permanente revisable: naturaleza, ámbito de aplicación y modelo penológico”, en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.): *Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 567-640.

LUNENBURG, F. C., “Communication: The Process, Barriers, And Improving Effectiveness”, *Schooling*, vol. 1, n.º 1, pp. 1-11.

LUZÓN PEÑA, D. M., “**Libertad, culpabilidad y neurociencias**”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, pp. 341-402.

LUZÓN PEÑA, D. M., “Schuld und Freiheit“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 164, 2017, pp. 669-677.

MANSO PORTO, T., *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15, 2011, pp. 139-169.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “**Retribucionismo expresivo**. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 29-67.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “Pena y ciudadanía”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 116-146.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “**Determinismo, autonomía y responsabilidad penal**”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 181-210.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, *InDret*, n.º 1, 2013, pp. 1-30.

MAÑALICH RAFFO, J. P., *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, *Política criminal*, vol. 9, n.º. 18, 2014, pp. 543-563.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”, *Política criminal*, vol. 10, n.º. 20, 2015, pp. 498-527.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal”, en MARAVER GÓMEZ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coords.): *La culpabilidad*, BdeF, 2019, pp. 201-228.

MAPELLI CAFFARENA, B., “**Nuevas tendencias penológicas**: hacia la penología del control”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 427-440.

MAQUEDA ABREU, M. L., “La criminalización del espacio público”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17, 2015, pp. 1-56.

MARAVÉR GÓMEZ, M., “Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31, 2015, pp. 283-330.

MARAVÉR GÓMEZ, M., “**Algunas reflexiones sobre el sistema dualista** de sanciones penales”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVÉR GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1461-1476.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada, 1999.

MARKANTONATOU, M., *Der Modernisierungsprozess staatlicher Sozialkontrolle - Aspekte einer politischen Kriminologie*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, 2005.

MARTÍN CRUZ, A., *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad por razón de edad*, Comares, Granada, 2004.

MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍN RÍOS, M. P., *Medidas cautelares personales. Detención, Libertad Provisional y Prisión Preventiva*, Juruá, Lisboa, 2016.

MARTÍNEZ BUJÁN, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.): *Mutaciones del Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, pp. 259-279.

MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, Universidad de Murcia, Murcia, 1971.

MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MARTÍNEZ GARAY, L., *Consumo de drogas y responsabilidad penal*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

MARTÍNEZ GARAY, L., “**Imputabilidad y elementos del delito**”, en PANTOJA GARCÍA, F. y BUENO ARÚS, F. (Dirs.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 93-136.

MARTÍNEZ GARAY, L., “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, *InDret*, n.º 2, 2014, pp. 1-77.

MARTÍNEZ GARAY, L., “*Minority Report: pre-crímenes y pre-castigo*, prevención y predicción”, en VIVES ANTÓN, T. S., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M., (Dir.): *Crímenes y castigos: Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 579-606.

MARTÍNEZ GARAY, L., “La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 22, 2014, pp. 1-74.

MARTÍNEZ GARAY, L., “Errores conceptuales en la estimación del riesgo de reincidencia. La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 14, 2016, pp. 1-31.

MARTÍNEZ GARAY, L., “**Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua**”, en ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y PÉREZ MANZANO, M. (Eds.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2016, pp. 139-162.

MARTÍNEZ GARAY, L. y CORRECHER MIRA, J., “Legal Constraints on the Indeterminate Control of ‘Dangerous’ Sex Offenders in the Community: The Spanish Perspective”, *Erasmus Law Review*, n.º 2, 2016, pp. 109-119.

MARTÍNEZ GARAY, L., “¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal”, en VIVES ANTÓN, T. S., CUERDA ARNAU, M. L. y GÓRRIZ ROYO, E. (Eds.): *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 267-292.

MARTÍNEZ GARAY, L., “Imputabilidad”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.): *Memento penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 247-267.

MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v Loomis*”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 485-502.

MARTÍNEZ GARAY, L., “**La relación entre culpabilidad y peligrosidad**”, en MARAVER GÓMEZ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coords.): *La culpabilidad*, BdeF, Buenos Aires, 2019, pp. 115-200.

MATEO AYALA, E. J., *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal español*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003.

MATEO AYALA, E. J., *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*, Dykinson, Madrid, 2005.

MATUS ACUÑA, J. P., “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 58, 2005, pp. 463-493.

MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbütteler, Hannover, 1948.

MAURACH, R. y ZIPF, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband I*, 8ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1992.

MEIER, B. D., *Strafrechtliche Sanktionen*, 3ª ed., Springer, Berlín, 2009.

MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2002.

MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

MERKEL, G., “Das Sprachspiel der Schuld“, en ROTH, G., HUBIG, S. y BAMBERGER, H. G. (Eds.): *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, Múnich, 2012, pp. 19-38.

MERKEL, R., “Ist ‘Willensfreiheit’ eine Voraussetzung strafrechtlicher Schuld?“, en ROTH, G., HUBIG, S. y BAMBERGER, H. G. (Eds.): *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, Múnich, 2012, pp. 39-58.

MEZGER, E., *Schuld und Persönlichkeit*, Elwertsche, Marburgo, 1932.

MEZGER, E., *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1960.

MILLER, J. A., “Sex Offender Civil Commitment: The Treatment Paradox”, *California Law Review*, vol. 98, 2010, pp. 2093-2128.

MILLER, M. y MORRIS, N., “Predictions of Dangerousness: An Argument for Limited Use”, *Violence and Victims*, vol. 3, n.º 4, 1988, pp. 263-283.

MIRÓ LLINARES, F., “La función de la pena ante el ‘paso empírico’ del Derecho penal”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, 2017, pp. 1-45.

MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia Artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 87-130.

MIRÓ LLINARES, F., “La demanda social de la prisión permanente revisable: ¿Premisa fundada? ¿Argumento irrelevante? ¿Razón suficiente?”, *La Ley Penal*, n.º 138, 2019, pp. 1-20.

MIR PUIG, C., “El Derecho penal de la seguridad: la custodia de seguridad”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 1027-1038.

MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10,14 10,15 61,6 y 516,3*, Bosch, Barcelona, 1974.

MIR PUIG, S., “¿Qué queda en pie de la resocialización?”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 2 extraordinario, 1989, pp. 35-42.

MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., *El concepto de peligro y su aplicación a la Teoría del Delito*, Trabajo de habilitación nacional para el acceso al Cuerpo de Catedráticos del Área de Conocimiento de Derecho Penal, inédito, 2007.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, en JORGE BARREIRO, AG. (Coord.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, 2008, pp. 113-144.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., “**Societas peccare non potest... nec delinquere**”, en BACIGALUPO SAGGESE, S., FEJOO SÁNCHEZ, B. J. y ECHANO BASALDUA, J. I., (Coords.): *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 361-416.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Concursos de leyes y de delitos”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 441-455.

MONAHAN, J., *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, Jason Aronson Inc., Londres, reedición de 1995 (publicación original: 1981).

MONAHAN, J., “A Jurisprudence of Risk Assessment: Forecasting Harm among Prisoners, Predators and Patients”, *Virginia Law Review*, vol. 92, 2006, pp. 391-435.

MONAHAN, J., et al., “An Actuarial Model of Violence Risk Assessment for Persons with Mental Disorders”, *Psychiatric Services*, vol. 56, n.º 7, 2005, pp. 810-815.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch, Barcelona, 2009.

MOORE, M. S., “Causation and the Excuses”, *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 1091-1149.

MOORE, M. S., “The Moral Worth of Retribution”, en SHOEMAN, F. (Ed.): *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, pp. 179-219.

MORENO HUERTA, J. D., “Análisis del nuevo delito de autoadoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal incorporado con la Ley Orgánica 2/2015”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LXX, 2017, pp. 329-386.

MORSE, S. J., “Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention”, *Boston University Law Review*, vol. 76, 1996, pp. 113-155.

MORSE, S. J., “Fear of Danger, Flight from Culpability”, *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 4, n.º 1/2, 1998, pp. 250-267.

MORSE, S. J., “Genetics and Criminal Responsibility”, *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 15, n.º 9, 2011, pp. 378-380.

MORSE, S. J., “Mental Disorder and Criminal Law”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 101, 2011, pp. 885-968.

MORSE, S. J., “Neuroprediction: New Technology, Old Problems”, *Bioethics Forum*, vol. 8, n.º 4, 2015, pp. 128-129.

MUÑOZ CONDE, F., “Monismo y dualismo en el Derecho Penal español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 6, 1982, pp. 216-239.

MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en BARBERO SANTOS, M., CEREZO MIR, J., GIMBERNAT ORDEIG, E. y NÚÑEZ BARBERO, R. (Coords.): *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 387-400.

MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.): *Mutaciones del Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, pp. 167-176.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUSHOFF, T., *Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung: Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Peter Lang, Frankfurt, 2007.

NAVAS APARICIO, A., *Destinatario de la norma penal e imputabilidad*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2006.

NEDOPIL, N., “Das Infragestellen der Schuld und die Folgen für das Strafrecht aus forensisch-psychiatrischer Sicht”, en ROTH, G., HUBIG, S. y BAMBERGER, H. G. (Eds.): *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, Múnich, 2012, pp. 65-76.

NIETO MARTÍN, A., “Introducción: El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional”, en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.): *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2007, pp. 9-16.

NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, NAVARRO, G. R. (Trad.), Astrea, Buenos Aires, 1980.

NINO, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1989.

NOWAKOWSKI, F., “**Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen**”, en WELZEL, H., CONRAD, H., KAUFMANN, ARM., y KAUFMANN, H. (Coords.): *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1963, pp. 98-120.

NOWAKOWSKI, F., “**Die Maßnahmenkomponente im StGB**”, en NEIDER, M. (Coord.): *Festschrift für Christian Broda*, Europaverlag, Viena, 1976, pp. 193-213.

NOWARA, S., “**Gefährlichkeitsprognosen** bei Massregeln. Zur Güte von Prognosegutachten und zur Frage der Legalbewährung” en BARTON, S. (Ed.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 175-185.

NUSSBAUM, M. C., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, ZADUNAISKY, G. (Trad.), Katz, Buenos Aires, 2006.

ORTEGA ESCOBAR, J., ALCÁZAR CÓRCOLES, M. A., PUENTE RODRÍGUEZ, L. y PEÑARANDA RAMOS, E., “Psychopathy: Legal and neuroscientific aspects”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 27, n.º 1, 2017, pp. 57-66.

OTERO GONZÁLEZ, P., *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro*, Dykinson, Madrid, 2015.

PAEFFGEN, H. U., “The Law of **Pre-Trial Detention**”, en ALBRECHT, H. J. y GUANGZHONG, C. (Eds.): *Coercive Measures in a Socio-Legal Comparison of the People’s Republic of China and Germany*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, 2004, pp. 137-168.

PANTALEÓN DÍAZ, M., “Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil”, *Diario La Ley*, n.º 9277, 2018, pp. 1-13 (en versión electrónica y formato PDF).

PANTALEÓN DÍAZ, M., “Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019): historia de un despropósito”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 55, 2019, pp. 145 y 200.

PANTALEÓN PRIETO, F., “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *Diario La Ley*, Ref. D-162, tomo 2, 1996, pp. 1-12 (en versión electrónica y formato PDF).

PASTOR MUÑOZ, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005.

PASTOR MUÑOZ, N., “**Imputables peligrosos**: reflexiones sobre la legitimidad de la reacción jurídico-penal frente a sujetos peligrosos autorresponsables”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1477-1487.

PAUEN, M., “Keine Unschuld ohne Schuldbegriff”, en ROTH, G., HUBIG, S. y BAMBERGER, H. G. (Eds.): *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, Múnich, 2012, pp. 77-88.

PEÑARANDA RAMOS, E., *Proyecto docente para acceso a plaza de Profesor Titular de Derecho Penal*, inédito, 1990.

PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Civitas, Madrid, 1991.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, *Doxa*, n.º 23, 2000, pp. 289-321.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.º 2, 2001, pp. 401-442.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de **la suspensión y sustitución de la pena** y de la libertad condicional”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.): *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del Código penal, Ley de Seguridad Privada*

y *LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 48-78.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Informe crítico sobre la reforma de los delitos de asesinato, homicidio y lesiones en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.): *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del Código penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 98-126.

PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, BdeF, Buenos Aires, 2014.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en ROBLES PLANAS, R. (Dir.): *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, BdeF, Buenos Aires, 2014, pp. 2-57.

PEÑARANDA RAMOS, E., “**La pena: nociones generales**” en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.): *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 221-260.

PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M., “**Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs**”, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M. (Trads.), Civitas, Madrid, 1997, pp. 17-70.

PEÑARANDA RAMOS, E. y PUENTE RODRÍGUEZ, L., “**Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones normativas** a partir del estado actual de los conocimientos científicos”, en ORTEGA ESCOBAR, J. y ALCÁZAR CÓRCOLES, M. A. (Coords.): *Agresión y psicopatía. Aspectos psicológicos, neurobiológicos y legales*, Pirámide, Madrid, 2019, pp. 139-178.

PÉREZ BARBERÁ, G., “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, *InDret*, n.º 4, 2014, pp. 1-43.

PÉREZ CEPEDA, A. I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, C., “*Imputabilis* y teoría de la imputación”, *InDret*, n.º 2, 2015, pp. 1-34.

PÉREZ LLOSA, L., *Internamientos psiquiátricos y por razones de salud pública. Aspectos civiles, administrativos y penales*, Bosch, Barcelona, 2019.

PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.

PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PÉREZ MANZANO, M., “Absolución en caso de duda: fundamento y sentido” en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ORTS BERENGUER, E. (Dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, vol. 2, pp. 1501-1521.

PÉREZ MANZANO, M., “El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción”, *Actum social. Actualidad Mementos (Ediciones Francis Lefebvre)*, n.º 44, 2010, pp. 29-36.

PÉREZ MANZANO, M., “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las neurociencias”, *InDret*, n.º 2, 2011, pp. 1-39.

PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal”, *Doxa*, n.º 35, 2012, pp. 471-498.

PÉREZ MANZANO, M., “El principio ‘ne bis in idem’”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.): *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 112-119.

PÉREZ MANZANO, M., “El principio de culpabilidad”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.): *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 123-132.

PÉREZ MANZANO, M., “La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)”, en PÉREZ MANZANO, M. y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coords.): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 149-200.

PÉREZ MANZANO, M., “*The Spanish Connection*: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en *bis in idem*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 22, 2018, pp. 383-420.

PETERSEN, T. S., “(Neuro)predictions, Dangerousness, and Retributivism”, *The Journal of Ethics*, vol. 18, 2014, pp. 137-151.

PETZSCHE, A. y CANCIO MELIÁ, M., “**Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences**”, en LENNON, G., KING, C. y MCCARTNEY, C. (Eds.): *Counter-terrorism, Constitutionalism and Miscarriages of Justice. A Festschrift for Professor Clive Walker*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 151-166.

PFÄFFLIN, F., “Mängel im Prognosegutachten”, en BARTON, S. (Ed.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 259-268.

POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO ORTS, M., “La función preventivo-general de la medida de seguridad”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1489-1505.

POLLÄHNE, H., “**Kriminalprognostik** zwischen richtigen Basisraten und faschen Positiven: Theoretische, methodologische und juristische Aspekte”, en BARTON, S. (Ed.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 221-258.

POLLÄHNE, H. y BAUR, F., “**Verfassungsrechtliche Grundlagen und Menschenrechte**”, en KAMMEIER, H. y POLLÄHNE, H. (Eds.): *Maßregelvollzugsrecht*, 4ª ed., De Gruyter, Berlín, 2018, pp. 31-81.

POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, 2ª ed., SÁNCHEZ DE ZAVALA, V. (Trad.), Tecnos, Madrid, 2017 (publicación original: 1934).

PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Coord.): *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, pp. 57-86.

PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PORTILLA CONTRERAS, G., *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo*, Comares, Granada, 2009.

POZUELO PÉREZ, L., “De nuevo sobre la denominada ‘expansión’ del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (Dir.): *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 107-134.

POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

POZUELO PÉREZ, L., “Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad”, *InDret*, n.º 2, 2015, pp. 1-26.

POZUELO PÉREZ, L., “*¿Poena sine culpa?* Cuando las medidas se convierten en penas por el mero transcurso del tiempo”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1507-1521.

PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 26, 2012, pp. 183-202.

PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Represión estatal y Derecho penal: relaciones paradójicas”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Dir.): *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 737-753.

PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Psicopatía y Derecho penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 45, 2017, pp. 61-95.

PUENTE RODRÍGUEZ, L., “El nuevo delito de autoadoctrinamiento terrorista”, *Diario La Ley*, n.º 8967, 2017, pp. 1-17 (en versión electrónica y formato PDF).

PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Consecuencias de carácter procesal del ‘fraude de etiquetas’: especial referencia a la libertad vigilada”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 47, 2019, pp. 1-31.

PUENTE SEGURA, L., “La multirreincidencia”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 2, 2004, pp. 1-10 (en versión electrónica y formato PDF).

PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009.

PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

PUJOL ROBINAT, A. y PUIG BAUSILI, L., “Concepto de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 94, 2008, pp. 255-283.

PUJOL ROBINAT, A., et al., “Valoración forense del riesgo de violencia”, *Medicina Clínica*, vol. 142, 2014, pp. 16-23.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *El principio non bis in idem*, Tecnos, Madrid, 1992.

QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

QUINTERO OLIVARES, G., “**Monismo y dualismo.** Culpables y peligrosos”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, pp. 651-668.

QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Aranzadi, Madrid, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G., “Culpabilidad, imputabilidad y capacidad procesal en el Derecho penal y en el enjuiciamiento de personas con trastorno mental”, en FLORES PRADA, I. (Dir.): *Trastornos mentales y justicia penal: garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 33-68.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “**La pregunta por la libertad de acción** (y una respuesta desde la filosofía del lenguaje)”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho*

penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Edisofer, Buenos Aires, 2013, pp. 137-160.

REBOLLO VARGAS, R., “A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 349-366.

REDONDO ILLESCAS, S. y ANDRÉS PUEYO, A., “La psicología de la delincuencia”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 28, 2007, pp. 147-156.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “Peligrosidad criminal y Constitución”, *InDret*, n.º 3, 2008, pp. 1-23.

REYES ECHANDÍA, A., *Imputabilidad*, 5ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997.

RIGONI, D., et al., “Reducing Self-Control by Weakening Belief in Free Will”, *Consciousness and Cognition*, vol. 21, 2012, pp. 1482-1490.

RIVERA BEIRAS, I., “Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 9, 2015, pp. 102-144.

ROBERTS, J. V., *Punishing Persistent Offenders: Exploring Community and Offenders Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

ROBINSON, P. H., “Foreword: The Criminal-Civil Distinction and the Dangerous Blameless Offenders”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 83, 1993, pp. 693-717.

ROBINSON, P. H., “The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert”, *Boston University Law Review*, vol. 76, 1996, pp. 201-214.

ROBINSON, P. H., “Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 114, n.º 5, 2001, pp. 1429-1456.

ROBINSON, P. H., “Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and ‘Rotten Social Background’”, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 2, 2011, pp. 53-79.

ROBLES PLANAS, R., “Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, n.º 4, 2007, pp. 1-25.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 31, n.º 1, pp. 5-12.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “**La custodia de seguridad**: ¿retorno al pasado o ‘regreso al futuro’?”, en DÍAZ CORTES, L. M. y PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.): *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 391-408.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “**Las medidas de seguridad**”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.): *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 267-287.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 291-306.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo II, 1965, pp. 759-791.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Cara y cruz de las sanciones penales”, *Cuadernos para el diálogo*, número extraordinario XXVIII, 1971, pp. 46-52.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “**Artículo 10, números 14 y 15**”, en CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal. Tomo I*, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 724-746.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”, en A.A.V.V.: *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, Valencia, 1974, pp. 343-372.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1977.

ROIG TORRES, M., “La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el Anteproyecto de reforma del Código penal”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 19, 2013, pp. 1-77.

ROIG TORRES, M., “Medidas de seguridad privativas de libertad: la regulación alemana y su reflejo en el proyecto de reforma del código penal español”, *InDret*, n.º 4, 2014, pp. 1-54.

ROIG TORRES, M., “La reforma del Código penal en materia de reiteración delictiva”, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 333-408.

ROIG TORRES, M., “**Valoración de la peligrosidad en la suspensión de la pena y en la libertad condicional**: influencia del Derecho alemán”, en ORTS BERENGUER, E., ALONSO

RIMO, A. y ROIG TORRES, M. (Dir.): *Peligrosidad Criminal y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 117-144.

ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986.

ROMEO CASABONA, C. M., “Presupuestos biológicos y culpabilidad penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Buenos Aires, 2013, pp. 425-446.

ROMEO CASABONA, C. M., “Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad”, *Revista Penal*, n.º 42, 2018, pp. 165-179.

ROXIN, C., *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed., MUÑOZ CONDE, F. (Trad.), Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2006.

ROXIN, C., “La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad”, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B. (Trad.), *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 70, 2017, pp. 9-26.

ROXIN, C., ACHENBACH, H., JÄGER, C. y HEINRICH, M., *Strafprozessrecht*, 17ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.

ROXIN, C., JAKOBS, G., SCHÜNEMANN, B., FRISCH, W. y KÖHLER, M., *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.

ROXIN, C. y SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 29ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017.

RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne: Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011.

SABATER TOMÁS, A., *Peligrosidad social y delincuencia*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1972.

SÁEZ DÍAZ, Y., et al., “De la peligrosidad a la valoración de la reincidencia: métodos e instrumentos de evaluación”, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 105-147.

SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista Penal*, n.º 17, 2006, pp. 142-165.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “Deconstruyendo las medidas de seguridad”, *InDret*, n.º 2, 2010, pp. 1-26.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “El principio de culpabilidad como mandato de optimización”, *InDret*, n.º 4, 2011, pp. 1-20.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “**Tomarnos en serio a nosotros mismos**. Sobre la culpabilidad en clave de imputación”, en MARAVER GÓMEZ, M. y POZUELO PÉREZ, L. (Coords.): *La culpabilidad*, BdeF, Buenos Aires, 2019, pp. 49-114.

SÁNCHEZ VILANOVA, M., “**Tendencias en el tratamiento de la delincuencia sexual**: a propósito del modelo estadounidense”, en ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M. (Dirs.): *Peligrosidad Criminal y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 495-510.

SÁNCHEZ VILANOVA, M., *Neuroimputabilidad. Una mirada interdisciplinar a la responsabilidad de los trastornos de la personalidad desde los avances de la neurociencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al desvalor de acción*, 2ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

SANDEL, M., *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, 2ª ed., VILÀ VERNIS, R. (Trad.), Marbot, Barcelona, 2015.

SANTOS REQUENA, A. A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001.

SANZ MORÁN, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986.

SANZ MORÁN, A. J., “**Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena**”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 147-158.

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

SANZ MORÁN, A. J., “**De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso**”, en BUENO ARÚS, F., KURY, H., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y ZAFFARONI, E. R. (Dir.): *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1087-1101.

SANZ MORÁN, A. J., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, *Libertas*, n.º 0, 2012, pp. 196-219.

SANZ MORÁN, A. J., “**La peligrosidad criminal. Problemas actuales**”, en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Ed.): *Delincuentes peligrosos*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 61-80.

SANZ MORÁN, A. J., “La reforma de las medidas de seguridad”, *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 10, 2014, pp. 103-123.

SANZ MORÁN, A. J., “Acerca de las medidas cautelares personales aplicables a los sujetos inimputables autores de un delito”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 42, 2016, pp. 1-19 (en versión electrónica y formato PDF).

SANZ MORÁN, A. J., “**Relevancia procesal de la inimputabilidad**”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.): *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*. Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 601-623.

SANZ MORÁN, A. J., “Las medidas de corrección y de seguridad: un balance”, en CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., FAKHOURI GÓMEZ, Y., GUÉREZ TRICARICO, P., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 1555-1573.

SAVAGE-RUMBAUGH, S. y LEWIN, R., *The Ape at the Brink of the Human Mind*, John Wiley and Sons, Nueva York, 1994.

SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, 2003.

SCHAUER, F., “Lie-detection, Neuroscience, and the Law of Evidence”, en PATTERSON, D. y PARDO, M. S. (Eds.): *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford University Press, Croydon, 2016, pp. 85-104.

SCHILD, W., *Dimensionen der Schuldunfähigkeit. Eine alternative Kommentierung der §§20, 21 StGB aus 1990*, Dr. Kovac, Hamburgo, 2009.

SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Mohr, Tubinga, 1984.

SCHMIDHÄUSER, E., “Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: die unrechtlche Tatgesinnung”, en VOGLER, T., HERRMANN, J., KRÜPELMANN, J., MOOS, R., TRIFFTERER, O., LEIBINGER, R., SCHAFFMEISTER, D., MEYER, J. y HÜNE, P. (Eds.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, pp. 485-502.

SCHOEMAN, F. D., “On Incapacitating the Dangerous”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 16, 1979, pp. 27-35.

SCHOPP, R. F., *Competence, Condemnation, and Commitment: An Integrated Theory of Mental Health Law*, American Psychological Association, Washington, DC, 2001.

SCHOPP, R. F., “Two-Edged Swords, Dangerousness, and Expert Testimony in Capital Sentencing”, *Law and Psychology Review*, vol. 30, 2006, pp. 57-101.

SCHORK, S., *Angesprochen schuldig. Dogmatische und metadogmatische Untersuchungen zum Schuldspruch*, Peter Lang, Frankfurt, 2005.

SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R. (Trads.), en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.): *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 91-128.

SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, SACHER, M. (Trad.), Tecnos, Madrid, 2002.

SCHUSTER, K., *Die Sicherungsverwahrung im Nationalsozialismus und ihre Fortentwicklung bis heute*, Nomos, Berlín, 2019.

SEARLE, J. R., *La construcción de la realidad social*, DOMÈNECH, A. (Trad.), Paidós, Barcelona, 1997 (publicación original: 1995).

SEELMANN, K., “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, en ROBLES PLANAS, R. (Ed.): *Límites al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 213-224.

SEITÚN, D. I., *El agresor sexual: peligrosidad y persona. Consecuencias jurídico-penales*, BdeF, Buenos Aires, 2019.

SGUBBI, F., *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*, VIRGOLINI, J. E. (Trad.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998.

SHARIFF, A. F., et al., “Free Will and Punishment: A Mechanistic View of Human Nature Reduces Retribution”, *Psychological Science*, vol. 25, 2014, pp. 1-8.

SIERRA LÓPEZ, M., *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO DE LA TORRE, I. (Dirs.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, 2001, vol. 1, pp. 699-710.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coords.): *Dogmática y Ley penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 867-890.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret*, n.º 2, 2007, pp. 1-15.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, n.º 7564, 2010, pp. 1-14.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, *InDret*, n.º 2, 2010, pp. 1-3.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Prólogo”, en KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH RAFFO, J. P.: *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. xiii-xxii.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal”, en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. y VILLA SIEIRO, S. V. (Coords.): *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 715-726.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, *InDret*, n.º 3, 2014, pp. 1-21.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, BdeF, Buenos Aires, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “A vueltas con la *actio libera in causa*”, *InDret*, n.º 4, 2016, pp. 1-4.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

SINGELNSTEIN, T. y STOLLE, P., *Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert*, 3ª ed., VS, Heidelberg, 2012.

SINGH, J. P., “The History, Development, and Testing of **Forensic Risk Assessment Tools**”, en GRIGORENKO, E. L. (Ed.): *Handbook of Juvenile Forensic Psychology and Psychiatry*, Springer, Nueva York, 2012, pp. 215-225.

SKEEM, J. L. y MONAHAN, J., “Current Directions in Violence Risk Assessment”, *Current Directions in Psychological Science*, vol. 20, 2011, pp. 38-42.

SLOBOGIN, C., “A Jurisprudence of Dangerousness”, *Northwestern University Law Review*, vol. 98, 2003, pp. 1-62.

SLOBOGIN, C., “Capital Punishment and Dangerousness”, en SCHOPP, R. (Ed.): *Mental Disorder and Criminal Law: Responsibility, Punishment and Competence*, Springer, Nueva York, 2009, pp. 119-133.

SOLAR CALVO, M. P., “Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, *Diario La Ley*, n.º 9166, 2018, pp. 1-9.

SOLAR CALVO, M. P., “¿Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoración de la cuestión a la luz de la prisión permanente revisable”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 71, 2018, pp. 307-345.

SOLAR CALVO, M. P., *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, Madrid, 2019.

SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Imputabilidad y sistema penal*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.

STEIKER, C. S., “The Limits of the Preventive State”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 88, n.º 3, 1998, pp. 771-808.

STEIN, A., *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

STISSER, D. T., *Die Sicherungsverwahrung: de lege lata et de lege ferenda*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Carl Heymanns, Berlín, 1971.

STRATENWERTH, G., “Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender Sichernden Massnahmen“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, n.º. 105, 1988, pp. 105-124.

STRAWSON, P., “**Freedom and Resentment**”, en STRAWSON, P.: *Freedom and Resentment and Other Essays*, Routledge, Nueva York, 2008, pp. 1-28 (publicación original 1962).

STRENG, F., “Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion Strafrechtlicher Zentralbegriffe“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 92, 1980, pp. 637-681.

STRENG, F., “Schuld ohne Freiheit?“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 101, 1989, pp. 273-334.

STRENG, F., “Das Legitimations-Dilemma sichernden Freiheitsentzugs —Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung“, DÖLLING, D. (Ed.): *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 611-642.

STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Kohlhammer, 3^o ed., Stuttgart, 2012.

STÜBINGER, S., *Schuld, Strafrecht und Geschichte: Die Entstehung der Schuldzurechnung in der deutschen Strafrechtshistorie*, Böhlau, Colonia, 2000.

SZASZ, T. S., *Law, Liberty, and Psychiatry. An Inquiry into the Social Uses of Mental Health Practices*, The Macmillan Company, Nueva York, 1963.

SZASZ, T. S., *The Myth of Mental Illness. Foundations of a Theory of Personal Conduct*, Hoeber—Harper, Nueva York, 1964.

TAPIA BALLESTEROS, P., “Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 32, 2014, pp. 1-21.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981.

TOBEÑA, A., *Neurología de la maldad. Mentas predatoras y perversas*, Plataforma, Barcelona, 2016.

TOBER, T., *Das Bundesverfassungsgericht und der US Supreme Court zur Sicherungsverwahrung gefährlicher, strafrechtlich verantwortlicher Straftäter*, Duncker & Humblot, Berlín, 2019.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *InDret*, n.º 3, 2016, pp. 1-72.

TORÍO LÓPEZ, A., “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 38, 1985, pp. 285-302.

TORÍO LÓPEZ, A., “**Imputabilidad general e individual** en la teoría jurídica del delito”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 1017-1026.

TRAPERO BARREALES, M. A., *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Dykinson, Madrid, 2017.

TRAPERO BARREALES, M., “9 + 1 respuestas frente al delincuente imputable peligroso ... y en el punto de mira siempre dos tipologías: el delincuente sexual y el terrorista”, en LUZÓN PEÑA, D. M. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario*, Reus, Madrid, pp. 283-354.

URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2004.

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

VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000.

VIVES ANTÓN, T. S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

VIVES ANTÓN, T. S., “El principio de culpabilidad”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 211-233.

VIVES ANTÓN, T. S. y CUERDA ARNAU, M. L., “Estado autoritario y adelantamiento de la ‘línea de defensa penal’”, en MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 365-381.

VOLK, K., *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Konstanz Universitätsverlag, Constanza, 1980.

VOLK, K., *Grundkurs StPO*, 6ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2008.

VOLK, K., *Die Wahrheit vor Gericht. Wie sie gefunden und geschunden, erkämpft und erkaufte wird*, C. Bertemann, Múnich, 2016.

VON HIRSCH, A., *Past or Future Crimes*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1985.

VON HIRSCH, A. y JAREBORG, N., “Provocation and Culpability”, en SHOEMAN, F. (Ed.): *Responsibility, Character, and the Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, pp. 241-255.

VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, LARRAURI PIJOAN, E. (Trad.), Trotta, Valladolid, 1998 (publicación original: 1993).

VON HIRSCH, A., “**La prolongación de penas para los delincuentes peligrosos**”, en CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.): *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 191-210.

VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., (Trad.), 20ª ed., Tomo II, Reus, Madrid, 1914.

VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal*, AIMONE GIBSON, E. (Trad.), Edeval, Valparaíso, 1984 (publicación original: 1882).

WANDALL, R. H., “Actuarial Risk Assessment. The Loss of Recognition of the Individual Offender”, *Law, Probability and Risk*, vol. 5, 2006, pp. 175-200.

WEISBERG, D. S., et al., “The Seductive Allure of Neuroscience Explanations”, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 20, n.º 3, 2008, pp. 470-477.

WOOLMAN, J. y ANDERSON, J. K., “Going against the Grain of the Status Quo: Hopeful Reformatations to Sex Offender Civil Commitment in Minnesota — *Karsjens v. Jesson*”, *Mitchell Hamline Law Review*, vol. 42, 2016, pp. 1363-1433.

WÜRFEL, C., *Freiheit als Grundlage der Schuld*, Peter Lang, Frankfurt, 2008.

WÜRTEMBERGER, T., “**Der schuldige Mensch** vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft“, en VOGLER, T., HERRMANN, J., KRÜMPPELMANN, J., MOOS, R., TRIFFTERER, O., LEIBINGER, R., SCHAFFMEISTER, D., MEYER, J. y HÜNE, P. (Eds.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, pp. 33-52.

ZARA, G. y FARRINGTON D. P., *Criminal Recidivism. Explanation, Prediction and Prevention*, Routledge, Londres, 2016.

ZEDNER, L., *Security*, Routledge, Cornwall, 2009.

ZEDNER, L., “**Erring on the Side of Safety: Risk Assessment, Expert Knowledge, and the Criminal Court**”, en SULLIVAN, G. R. y DENNIS, I. (Ed.): *Seeking Security: Pre-empting the Commission of Criminal Harms*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 219-241.

ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad. Hoc, Buenos Aires, 2013.

ZIFFER, P., *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad”, en BARBERO SANTOS, M., CEREZO MIR, J., GIMBERNAT ORDEIG, E. y NÚÑEZ BARBERO, R. (Coords.): *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 565-584.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 1, 2009, pp. 199-212.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y SANZ MULAS, N. (Coords.): *Derecho penal de la democracia vs. seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, pp. 99-130.