

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD POST DELICTUM. ASPECTOS ESENCIALES DEL JUICIO DE PELIGROSIDAD: “EL DIAGNÓSTICO Y LA PROGNOSIS CRIMINAL”

ZAMYR VEGA GUTIÉRREZ*

*A la memoria de mi Padre D. Ramón Vega Rodríguez
ejemplo de trabajo y perseverancia*

1. Planteamiento del tema

La comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable supone la imposición de una sanción punitiva denominada pena, cuya finalidad en el Derecho penal moderno se orienta a la prevención general y especial de delitos. La pena ha sido la consecuencia jurídica por excelencia ante la comisión de hechos delictivos.

Inicialmente, la pena se aplicaba indistintamente tanto a sujetos imputables como a inimputables; sin embargo, con posterioridad se determinó que ésta carecía de toda utilidad en su aplicación a sujetos carentes de capacidades intelectivas o volitivas.

En esta línea, el Derecho penal clásico del siglo XIX estableció un sistema en el que basaba la irresponsabilidad penal del enajenado en la ausencia en él de una voluntad libre¹. Así pues, aunque la Escuela Clásica no había formulado teóricamente la introducción de las medidas de seguridad, ya aplicaban a los enfermos mentales un tratamiento distinto de la pena, esto es, el internamiento asegurativo del sujeto en centros específicos.

* Becario de Investigación y Profesor Ayudante de Derecho Penal (UCA). La elaboración de este trabajo ha sido posible gracias a una beca concedida por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) para el desarrollo de una estancia de investigación y docencia en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada (España). Quiero aprovechar esta ocasión para agradecer a la Universidad Centroamericana por toda su colaboración y especial interés por la investigación.

¹ MIR PUIG, *Derecho Penal*, 584, 2002.

Por su parte, la Escuela Positiva hacía una distinción entre el contenido de las medidas aplicables a sujetos imputables e inimputables; no obstante optó por el establecimiento de un sistema que únicamente establecía medidas de seguridad, cuya severidad se incrementaba cuanto mayor fuera la peligrosidad del sujeto².

De esta forma, llegaron a prescindir del concepto de pena y lo sustituyeron por el de medida de seguridad, reemplazando –al mismo tiempo– el presupuesto de la culpabilidad por el de la peligrosidad criminal del sujeto.

Este sistema propugnado por la Escuela Positiva no ha sido admitido por las legislaciones que han adoptado un sistema de doble vía, es decir: a) la imposición de penas para los imputables que cometen delitos y, b) el establecimiento de medidas de seguridad para los inimputables o semi-imputables que resultan peligrosos³.

Como es sabido, el efecto inmediato de las causas de inimputabilidad es la exclusión de la responsabilidad penal, basada en la ausencia de “capacidad de culpabilidad” del sujeto; sin embargo, esta circunstancia no impide que se le puedan imponer medidas de seguridad que procuren un tratamiento especial.

Así, las medidas de seguridad constituyen un elemento esencial dentro del concepto de Derecho penal, entendido éste como el conjunto de normas que regulan el aspecto más conflictivo de la vida social y que establecen como consecuencias jurídicas más importantes la imposición de penas y medidas de seguridad⁴.

2 Esta afirmación se corresponde, básicamente, con la aparición de las primeras tesis monistas que sugerían la sustitución de la pena por la medida de seguridad como instrumento de reacción frente al delito. Esto surgió una vez que se había comprobado el fracaso de las penas que partían de criterios retribucionistas, predominantes en el sistema penal clásico. Cfr. MAQUEDA ABREU, *Peligrosidad*, 12, 1999; SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas*, 20, 2001.

3 Cabe mencionar, que aún a los sujetos con capacidad de culpabilidad puede imponérselas medidas de seguridad, siempre que concurra en ellos una peligrosidad criminal de futuro. En este sentido, LUZÓN PEÑA (*Curso*, 56, 1998) expresa que “el que no sea precisa la culpabilidad no significa que ésta sea incompatible con las medidas de seguridad, de tal modo que a los culpables se les impusiera sólo la pena, y las medidas se reservaran para los sujetos inculpables pero peligrosos; por el contrario, a las personas culpables también se les puede aplicar una medida de seguridad si encajan en un “estado peligroso”.

4 BACIGALUPO, *Principios*, 11, 1997; BUSTOS RAMIREZ, *Manual*, 44, 1994; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Derecho Penal*, 27, 1999; MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 221, 1991; GOMEZ DE LA TORRE, *Lecciones*, 1, 1999; QUINTERO OLIVARES, *Manual*, 38-39, 2002; POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS, *Medidas de seguridad*, 899, 2001; GRACIA MARTÍN y otros, *Las consecuencias*, 353- 355, 1996; ROXIN, *Derecho Penal*, 41, 1997; ZULGALDIA ESPINAR y otros, *Derecho Penal*, 39-41, 169, 2002.

Pese al carácter mayoritario de esta afirmación, hay modernas y minoritarias tendencias dogmáticas –principalmente representada por JAKOBS⁵- que tienden a extraer del Derecho penal las medidas de seguridad, y ubicarlas en otras instancias normativas, tales como el Derecho de policía, Derecho administrativo sancionador, etc.

En este trabajo, analizaremos el concepto, naturaleza, presupuesto, fundamento y clases de medidas de seguridad, así como los distintos sistemas existentes a raíz del surgimiento de esta categoría.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que las medidas de seguridad que importan al Derecho penal son las postdelictuales (post delictum, post factum, post injusto típico), ya que las medidas predelictuales suponen una vulneración de ciertas garantías fundamentales del sujeto, pues se basan en una mera presunción de peligrosidad futura⁶.

Contrario a esta posición, hay quienes defienden la instauración de medidas inoquizadoras, tendentes a neutralizar la peligrosidad del sujeto antes que éste cometa un delito, es decir –a través de estas medidas- se trata de hacer un intimidación individual psicológica al delincuente reincidente y peligroso, para persuadirle a que no lleve a cabo sus pretensiones criminales.

5 Este autor defiende dentro de la moderna dogmática penal el “principio de culpabilidad”, razón por la cual considera que las medidas de seguridad al no suponer culpabilidad en el sujeto, deben ubicarse en otras esferas jurídicas como el Derecho de policía (Polizeirecht) (Citado por POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS, *Medidas de seguridad*, 921).

6 COBO DE ROSAL/ VIVES ANTON, *Derecho Penal*, 902-903, 1998; RODRÍGUEZ MOURULLO, sostiene que las medidas de seguridad predelictivas que se apoyan en la mera peligrosidad social sin la concurrencia de un tipo penal, constituyen medios de policía pertenecientes al Derecho administrativo. (Citado por BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, 47, 1994). Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ (*Manual*, 47, 1994) considera que las medidas de seguridad predelictuales atacan, por su arbitrariedad, no solo los fundamentos del Derecho penal, sino las bases mismas de un Estado de Derecho, ya que se basan exclusivamente sobre una presunta peligrosidad del sujeto, conforme a la cual recaen sobre él privaciones o restricciones de sus derechos fundamentales; en el mismo sentido, MORILLAS CUEVA (*Teoría*, 227, 1991) es partidario de excluir de la esfera penal las medidas predelictuales; así, RODRÍGUEZ DEVESA considera que las medidas predelictuales o de carácter preventivo-profiláctico deben de guardar distancia con las que corresponden al Derecho penal (citado por LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias*, 169, 1991); POLAINO NAVARRETE/ POLAINO- ORTS, *Medidas de seguridad*, 899, 2001.

Algunos sectores aducen que el fundamento de las medidas de seguridad está constituido por la existencia de *peligrosidad criminal* en el sujeto⁷, lo que está indisolublemente unido a su presupuesto, esto es, la comisión de un hecho delictivo. De esta forma, se excluye la denominada "*peligrosidad social*".

Asimismo, debemos plantear que si bien las medidas de seguridad se aplican con carácter general a inimputables o semi-imputables, hay quienes admiten su aplicación a sujetos con imputabilidad plena, que en todo caso acreditan una cualificada actitud de "peligrosidad criminal" de futuro y que requieren -para desvirtuar ésta- un tratamiento singularmente adecuado a su personalidad⁸.

Otro aspecto que ha sido muy discutido, es si las medidas de seguridad responden al modelo del Derecho penal de autor o del Derecho penal del acto. Así, pues, ROXIN -por ejemplo- considera que el hecho que las medidas de seguridad hayan de ser acordes a la personalidad del sujeto indican que éstas se inspiran y rigen por el sistema de Derecho penal de autor, imperante durante los regímenes totalitarios⁹.

Por su parte, hay quienes -con POLAINO/ POLAINO- conciben que la interpretación de ROXIN es errónea, ya que el Derecho penal del acto que rige modernamente, establece la imposición de medidas de seguridad sobre la base de la comisión real de un injusto típico más un pronóstico de peligrosidad criminal, y no por meras predisposiciones subjetivas¹⁰.

Dentro de las clases o tipos de medidas de seguridad, existen unas que son catalogadas de dudosa constitucionalidad, estas son, las medidas de seguridad complementarias o suplementarias de la pena, ya que suponen una aplicación de medidas que acompañan simultáneamente a la pena como consecuencia de una misma acción delictiva, por ello se dice que constituyen un supuesto de doble punición que vulnera el principio de *ne bis in idem*.

7 Al respecto, es preciso mencionar que la comisión de un delito no supone inmediatamente la existencia de peligrosidad criminal en el individuo, sino que denota la existencia de un pronóstico de peligrosidad desfavorable que ha de verificarse o acreditarse. Así, POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS, *Medidas de seguridad*, 905, 2001.

8 En este sentido, LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias*, 170, 1991; LUZON PEÑA, *Curso*, 56, 1998.

9 Más ampliamente ROXIN, *Derecho Penal*, 189, 1997.

10 POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS, *Medidas de seguridad*, 906, 2001.

Es necesario mencionar, que los sistemas tradicionales de aplicación de medidas de seguridad son el monismo y el dualismo. El primero de los cuales ha sido rechazado en la actualidad, y se ha optado por instaurar un moderno sistema neo-dualista que admite la existencia de penas y medidas de seguridad, pero no acumulando estas últimas a las penas, sino aplicando un sistema denominado vicarial.

Finalmente, hemos de plantear que la finalidad de las medidas de seguridad ha sido igualmente discutida, ya que unos consideran que –al igual que las penas– tienen un fin preventivo general y especial; sin embargo, otro sector establece que las medidas de seguridad persiguen únicamente fines de prevención especial¹¹.

2. Antecedentes históricos

Antiguamente los enfermos mentales respondían penalmente ante la comisión de hechos delictivos. En el Derecho romano, ya se reconoció la exención de pena para ciertos enfermos mentales, así, se dispuso que éstos serían sometidos a otras medidas de aseguramiento¹².

11 Esta última afirmación es defendida por COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, 994, 1999; MAPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias*, 183, 1993; ANTÓN ONECA (Citado por MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 223, 1991; LANDROVE DIAZ (*Las consecuencias*, 167, 1991) propone un concepto de medidas de seguridad en el que sugiere que éstas se aplican en función del sujeto peligroso y se orientan a la prevención especial; GRACIA MARTÍN y otros (*Las consecuencias*, 360, 1996) consideran que las medidas de seguridad deben orientarse exclusivamente a los fines de prevención especial; CONDE- PUMPIDO FERREIRO (*Derecho Penal*, 521, 1990) expresa que las medidas de seguridad buscan la inocuización del presunto delincuente y se orientan a la prevención especial; LUZÓN PEÑA (*Curso*, 55, 1998) considera que el fin de las medidas de seguridad es la prevención de futuros delitos por parte del sujeto concreto, o sea, la prevención especial; BARREIRO JORGE, *Enciclopedia*, 927, 2002; LUZÓN CUESTA, *Compendio*, 259, 1999; COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DIEZ, *Comentarios*, 76, 83, 2000; MAQUEDA ABREU, *Peligrosidad*, 14, 1999. Por su parte, ROXIN (*Derecho Penal*, 104, 189, 1997) manifiesta que las medidas de seguridad se han desarrollado a partir de la teoría de la prevención especial de VON LISZT; no obstante, considera que el cometido primario de esta figura es en todo caso preventivo- especial, aunque si atendemos a ciertas medidas específicas como la privación del permiso de conducir, apreciaremos que el legislador también admite el efecto preventivo- general como fin secundario; sigue esta línea ZUGALDIA ESPINAR y otros, *Derecho Penal*, 173, 2002.

12 MIR PUIG (*Derecho Penal*, 584, 2002) expresa que MARCO AURELIO había previsto una especie de internamiento asegurativo (*ad securitatem proximorum*), que FERRI catalogó como un antecedente de las medidas de seguridad propugnadas por la Escuela Positiva.

Como hemos mencionado, las medidas de seguridad fueron incorporadas en el Derecho penal clásico, pero no se teorizaron como categorías penales, esto es, con la finalidad, presupuesto y fundamento que hoy día las caracterizan dentro del Derecho penal moderno¹³.

En efecto, antiguamente los mecanismos de reacción frente al delito estaban al margen de los vigentes postulados de la responsabilidad penal, así, por ejemplo, existía una persecución policíaca, internamiento de enfermos mentales, aislamiento de vagos e indigentes, entre otras. Estas medidas estaban inspiradas en procurar la defensa de los intereses colectivos frente a los sujetos que suponían un peligro cierto¹⁴.

Estos mecanismos de reacción frente al delito de corte inquisitivo y carente de garantías, no tenía ninguna finalidad preventiva ni resocializadora, lo que provocó la crisis del Derecho penal clásico (crisis penitenciaria, insuficiencia de la pena para disminuir o anular determinadas formas de criminalidad, reincidencia, etc).

Así pues, al ponerse en evidencia la insuficiencia de la pena y de su carácter retributivo, se construyeron las bases de un Derecho penal basado en conceptos totalmente opuestos a los imperantes en la época. En este contexto, surgen las medidas de seguridad, cuyas precursoras fueron las teorías positivistas, que construyeron la teoría de la peligrosidad del delincuente y el establecimiento de medios destinados a enfrentar ese "estado de peligro"¹⁵.

13 En este sentido, LANDROVE DIAZ (*Las consecuencias*, 165, 1991) considera que sólo en sentido técnico y terminológico, puede afirmarse que las medidas de seguridad constituyen un medio de lucha contra la delincuencia y una consecuencia jurídica del delito nacidas en el moderno Derecho penal, ya que desde tiempo inmemorial se luchó contra la criminalidad con un aparato represivo y preventivo que muchas veces rebasaba la esfera de lo estrictamente penal.

14 Así, MORILLAS CUEVA (*Teoría*, 221, 1991) considera que mientras la esencia de la pena era la justa retribución del mal del delito proporcionada al culpable; la de la medida de seguridad, era la defensa de la sociedad; SIERRA LOPEZ (*Las medidas*, 64-64, 1997) señala esta ideología de la nueva defensa social propugnaba por el establecimiento de medidas de tipo curativo, para reinsertar al sujeto a la sociedad; sin embargo, manifiesta que éstas medidas eran excesivamente desproporcionadas al delito cometido, e incluso se imponían en ausencia de éste.

15 SIERRA LOPEZ, *Las medidas*, 62, 1997; GRACIA MARTÍN y otros, *Las consecuencias*, 354- 355, 1996; MIR PUIG, *Derecho Penal*, 584, 2002.

En este sentido, el elemento "peligrosidad" se convierte en un punto de referencia al en torno al cual se circunscriben las nuevas bases de un nuevo Derecho criminal. Así, se llegó a sostener que la esencia de las medidas de seguridad no es retributiva –criterios clásicos de castigo– porque no responde a reproche de culpabilidad alguno, sino que opera sobre la base de la peligrosidad de un sujeto que tras cometer un delito manifiesta un estado de dañosidad futura.

Este último supuesto no era único, pues también se establecían medidas de seguridad para aquellos sujetos que sin haber cometido delito alguno, manifestaban cierto grado de peligrosidad; de igual forma, se imponían medidas a los sujetos que hubiesen cometido un delito y exteriorizaran un pronóstico de reincidencia.

Este intento de la escuela positiva por instaurar un solo sistema de medidas de seguridad basado en la peligrosidad del delincuente, fue objeto de muchas polémicas, ya que prescindía del concepto clásico de culpabilidad y adoptaba una concepción determinista del hombre. Esto sugería que el ser humano no respondía de sus actos con base a criterios ético-jurídicos, sino conforme a una obligación legal o social que adquiere por el solo hecho de vivir en sociedad, pues ello representa un peligro para que cometa delitos. De esta forma, sustituyeron el elemento "culpabilidad" por el de "peligrosidad".

Finalmente, esta polémica fue superada con los aportes de la Escuela sociológica o político-criminal dirigida en Alemania por VON LISTZ, y la Tercera Escuela comandada en Italia por CARNEVALLE y ALIMENA, las cuales propugnaban por un Derecho penal que estableciera dos distintas clases de reacciones frente a la comisión de hechos delictivos: la pena, cuyo fundamento y límite se regían exclusivamente por la culpabilidad y, las medidas de seguridad, cuyo presupuesto esencial sería la peligrosidad del delincuente¹⁶.

Sumado a esto, la ineficacia de los fines retributivos de la pena y los riesgos que suponía la instauración de un sistema de medidas basado exclusivamente en la necesidad de defensa social, cuyos postulados prescindían de los más elementales principios del Derecho penal, trajo como consecuencia el nacimiento del sistema dualista.

Es así, que a finales del siglo XIX se incorporan las medidas de seguridad al catálogo de sanciones; sin embargo, se deja entrever su naturaleza subsidiaria con respecto de la pena. A este sistema inicial se le denominó dualismo rígido.

¹⁶ Así, CEREZO MIR; BARREIRO JORGE (Citados por GRACIA MARTÍN y otros, *Las consecuencias*, 357, pp. 9, 1996); MAQUEDA ABREU, *Peligrosidad*, 13, 1999.

Las medidas de seguridad fueron incluidas en el ámbito penal por el jurista suizo *CARL STOOSS*, autor del anteproyecto de Código penal suizo de 1893, en el que preveía por primera vez este tipo de medidas¹⁷. Este autor, introdujo en la parte general -del citado anteproyecto- las medidas de seguridad al lado de la pena, con el objetivo de complementar e incluso para sustituir esta última.

Este sistema, obedecía a que la pena estaba limitada a la exigencia del principio de culpabilidad, lo que la hacía insuficiente para tratar a determinados grupos de delincuentes peligrosos. Para superar esta dificultad, *STOOSS* también introdujo en la parte general un sistema de medidas en función de la peligrosidad.

Brevemente, este ha sido el surgimiento de las medidas de seguridad como categoría distinta de la pena, pero que ciertamente comparte con ésta una finalidad preventiva especial, que en ambos casos se orienta a la resocialización del infractor de la norma penal. Así, las legislaciones penales modernas han incorporado en su sistema punitivo un catálogo de penas y medidas de seguridad, cuyos postulados obedecen a los principios básicos del Derecho penal moderno, como es la legalidad, culpabilidad, peligrosidad, subsidiariedad, proporcionalidad, entre otros.

3. Concepto

La doctrina ha elaborado diversos conceptos de medidas de seguridad; sin embargo, podemos afirmar que todos estos coinciden -salvo algunas excepciones- en elementos esenciales, tales como:

- a) que la medida de seguridad es una sanción, ya que implica privación de bienes jurídicos¹⁸,

17 Este anteproyecto se convirtió en ley hasta 1937. Así, *BARREIRO JORGE*, *Enciclopedia*, 927, 2002; *LANDROVE DÍAZ*, *Las consecuencias*, 166, 1991; *MAPPPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO*, *Las consecuencias*, 184, 1993; *LUZÓN PEÑA*, *Curso*, 55, 1998; *MAQUEDA ABREU*, *Peligrosidad*, 13, 1999; *MORILLAS CUEVA*, *Teoría*, 223, 1991; *GRACIA MARTÍN* y otros, *Las consecuencias*, 356, 1996; *SANTOS REQUENA*, *La imposición de medidas*, 9, 21, 2001; *ZUGALDIA ESPINAR* y otros, *Derecho Penal*, 170-171, 2002.

18 Con relación a esta característica existen opiniones encontradas, ya que otros autores -entre ellos *BERISTAIN*- consideran que las definiciones que conciben a las medidas como privaciones de bienes jurídicos, desenfocan el tema al tratarlo como un aspecto accesorio y negativo (privación de Derechos), que a veces puede faltar; y de esta forma pasan por alto lo esencial y positivo de las medidas: los medios asistenciales; en sentido similar, *SOLER*. Por su parte, *WELZEL* se opone a esta postura y afirma que tanto las penas como las medidas de seguridad implican privación de libertad, y que sus diferencias son insignificantes. Al respecto, Cfr. *MORILLAS CUEVA*, *Teoría*, 224, 1991.

- b) que se aplica cuando existe un pronóstico de peligrosidad futura tras la comisión de un injusto típico,
- c) que tiene fines asistenciales, curativos, reeducador y de reinserción social del delincuente,
- d) que se orientan a la prevención especial,
- e) se impone por un órgano Estatal jurisdiccional y,
- f) que -en general- se aplican a sujetos inimputables y semiimputables (sujetos con capacidad de culpabilidad disminuida), aunque ello no obsta a que se puedan imponer medidas de seguridad complementarias a sujetos plenamente imputables.

Sin entrar, por el momento, en la discusión sobre la naturaleza, fines y fundamento de esta institución, merece la pena enfocarnos en el primero de los elementos, esto es, la medida de seguridad como sanción. Ciertamente, es -como afirma BERISTAIN- que la medida de seguridad reviste de un efecto asistencial; sin embargo, no podemos negar que en la práctica la imposición de una medida de seguridad implica una privación de bienes jurídicos¹⁹.

En este sentido, cabe interpretar -con MORILLAS CUEVA- que la medida de seguridad supone -en efecto- una restricción de bienes jurídicos, en tanto son impuestas por el Estado al individuo, como mecanismo de protección y prevención; no obstante esta afirmación, nada impide que la aplicación de una medida de seguridad conserve su finalidad, esto es, el carácter asistencial y de readaptación social del sujeto.

Así pues, partiendo de estos elementos podemos brindar un concepto de medidas de seguridad más preciso, entendiendo que ésta institución jurídica es una

¹⁹ En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ (*Manual*, 45, 505, 1994) expresa que la medida de seguridad es una sanción en razón de la comisión de un delito, no es un beneficio como erróneamente se piensa; SANTOS REQUENA (*La imposición de medidas*, 34, 2001) entiende que las medidas de seguridad suponen sanciones penales, que sin tener carácter de pena, supone una limitación de la libertad de quien las padece; ROXIN (*Derecho Penal*, 104-105, 1997) admite que el contenido de la pena y de la medida de seguridad con relación a la restricción de Derechos no difieren, ya que sus fines preventivos son los mismos; CONDE- PUMPIDO FERREIRO (*Derecho Penal*, 521, 1990) considera que las medidas de seguridad están constituidas, al igual que las penas, por privaciones de bienes jurídicos; POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORST (*Medidas de seguridad*, 899, 2001) expresan que -al igual que la pena- las medidas de seguridad consisten en la privación de bienes jurídicos al autor del injusto. Siguen esta línea, ZUGALDIA ESPINAR y otros, *Derecho Penal*, 171, 2002; LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias*, 167, 1991; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, 511, 1993; JORGE BARREIRO, *Enciclopedia*, 927, 2002; COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DIEZ, *Comentarios*, 78, 2000.

sanción puritativa impuesta por los órganos jurisdiccionales como consecuencia de la comisión de un delito, por parte de un inimputable o semiimputable, y en determinados casos por imputables, quienes denotan una cualificada actitud de "peligrosidad criminal" de futuro, y que por esta razón requieren de un tratamiento asistencial y reeducativo orientado a la reinserción social.

4. Naturaleza

Como hemos mencionado, existe una fuerte discusión sobre la naturaleza de las medidas de seguridad, ya que un minoritario sector doctrinal opina que éstas no deben incluirse en el ámbito del Derecho penal, pues suponen medios de tutela preventiva de carácter administrativo²⁰.

Asimismo, hay autores que determinan la existencia de medidas de seguridad predelictuales, cuyo fundamento es la peligrosidad social del sujeto y que son de naturaleza especialmente administrativa.

Por otro lado, un amplio y mayoritario sector de penalistas, se oponen a cualquier planteamiento administrativista, y apuntan –con razón– que las medidas de seguridad que se imponen como consecuencia jurídica ante la comisión de un hecho calificado como delito, pertenecen única y exclusivamente al Derecho penal²¹.

En esta línea, hay que reconocer que las medidas de seguridad surgen como un mecanismo de lucha contra el delito, y que por ello forman parte de la definición de Derecho penal, ya que suponen restricción de Derechos con sujeción a las garantías constitucionales de intervención Estatal sobre los ciudadanos que manifiestan una peligrosidad criminal de futuro.

Por otro lado, hay quienes atribuyen a las medidas de seguridad una naturaleza predominantemente asistencial, al brindar al sujeto un tratamiento adecuado para evitar futuros delitos, asegurando así sus fines preventivos.

20 Entre estos autores están: GRISPINI, MANZINI, SOLER, ROCCO (Citados por MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 225, 1991); en la misma línea se sitúa JAKOBS.

21 Así, COBO DE ROSAL/ VIVES ANTON, *Derecho Penal*, 902-903, 1998; RODRÍGUEZ MOURULLO, (Citado por BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, 47, 1994); BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, 47, 1994; MAPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias*, 187-189; MORILLAS CUEVA (*Teoría*, 227, 1991); RODRÍGUEZ DEVESA (Citado por LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias*, 169, 1991); POLAINO NAVARRETE/ POLAINO- ORTS, *Medidas de seguridad*, 899, 2001; GARCIA ARAN, *Fundamentos*, 136- 137; 1997; GRACIA MARTÍN y otros, *Las consecuencias*, 354- 355, 1996; SIERRA LOPEZ, *Las medidas*, 74, 1997.

En definitiva, la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad es eminentemente penal, y tienen como punto de partida la comisión de un hecho delictivo, de ahí que toda manifestación de prevención *ex ante* comisión delictiva estará excluida del ámbito criminal.

5. Fundamento

Hoy en día, los sistemas penales que prevén medidas de seguridad condicionan la imposición de las mismas a la concurrencia -en el sujeto- de una determinada cualidad, esto es, la *peligrosidad criminal*²². Este elemento constituye el fundamento de las medidas de seguridad; no obstante, es preciso realizar una valoración, partiendo del concepto de peligrosidad, la necesidad de realizar un juicio de peligrosidad, el establecimiento de criterios judiciales para determinarla, así como el procedimiento a seguir para imponer una medida de seguridad.

5.1 Concepto de peligrosidad

Para determinar si un sujeto es peligroso, necesariamente debemos saber qué debe entenderse por peligrosidad, para así contar con un criterio uniforme que nos permita identificar este elemento esencial dentro de las medidas de seguridad como consecuencia jurídica del delito.

La necesidad de establecer un concepto de *peligrosidad* surge a raíz de que los representantes de la Escuela Positiva trataron de fundamentar toda reacción de la sociedad (tanto penas como medidas de seguridad) en la peligrosidad o temibilidad de los sujetos que amenazaban la paz social.

Se atribuye a FEUERBACH (1799) la introducción del término peligrosidad (*Gefährlichkeit*) en el Derecho penal moderno, al establecer que “el significado esencial de éste no podía ir más allá de referirse a cierta cualidad de las personas consistente en la existencia de un fundamento para establecer la probabilidad de que efectivamente esa persona lesionará el derecho”²³. Esta primera aproximación de FEUERBACH fue olvidada con prontitud, y posteriormente se construyeron nuevas tendencias.

22 LUZON CUESTA, *Compendio*, 258, 2002; LUZON PEÑA, *Curso*, 55, 1998; GOMEZ DE LA TORRE, *Lecciones*, 394, 1999; POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORST, *Medidas de seguridad*, 902, 2001; GONZALES RUS, *Comentarios*, 237, 2000; VIVES ANTÓN, *Comentarios*, 61, 1996; MAQUEDA ABREU, *Peligrosidad*, 24, 1999; MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 226, 1991; BARREIRO SANTOS, *Enciclopedia*, 929, 2002; COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DIEZ, *Comentarios*, 77, 85- 86, 2000; SANCHEZ YLLERA, *Comentarios*, 532, 1996; VIVES ANTON, *Comentarios*, 61, 1996.

23 MAQUEDA ABREU, *Peligrosidad*, 11, 1999; BARREIRO SANTOS (Citado por SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas*, 51, 2001).

Así pues, la peligrosidad ha tenido diversas acepciones. Para GAROFALO la peligrosidad "es la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer de su parte"; FERRI hablaba de inadaptabilidad social; MUÑOZ CONDE la entiende como posibilidad de que se produzca un resultado; OLESA MUÑIDO la concibe como "una situación de hecho indicada para que se produzca con probabilidad un resultado dañoso"; PETROCELLI definió la peligrosidad "como un complejo de condiciones, subjetivas y objetivas, bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso"²⁴.

Como es notable, estas acepciones tiene en común el establecimiento de un *pronóstico* de comportamiento futuro del individuo tendente a provocar un mal socialmente relevante.

De esta forma, la peligrosidad se considera como un concepto extrajurídico que el Derecho contempla e incluye en su técnica, con fines de prevención. Así, la peligrosidad se concibe modernamente como un juicio de probabilidad (aspecto subjetivo) fundado en hechos (aspecto objetivo), de manera que sea posible determinar la situación de peligro (probabilidad de que se produzca una lesión al derecho).

En conclusión, hay unanimidad al determinar que la peligrosidad es un estado, básicamente caracterizado por la persistencia en el tiempo de la aptitud de un sujeto para delinquir de nuevo, aunque ello ocurra con independencia de su voluntad.

El concepto de peligrosidad se resume a la determinación de una *probabilidad* de comisión delictiva del sujeto en un futuro más o menos próximo. Por ello, se suele afirmar que la probabilidad es, ante todo, un pronóstico, un cálculo (o juicio lógico) de probabilidad basado en la cualidad de la persona a que se refiere.

5.2 *Peligrosidad criminal y peligrosidad social*

Antiguamente, sólo se hablaba de peligrosidad criminal; no obstante, hace ya aproximadamente unos cincuenta años, se introdujo el término peligrosidad social como un elemento distinto del primero, tanto en su etiología, como en sus efectos criminógenos, y en su tratamiento²⁵.

²⁴ Citados por MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 226, 1991; SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas*, 51, 2001; LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias*, 167, 1991.

²⁵ Se ha expresado que la distinción entre peligrosidad criminal y peligrosidad social surge en el medio criminológico a finales de la segunda guerra mundial por varias

Como es sabido, la aplicación de las medidas de seguridad post injusto típico se fundamentan en el pronóstico de peligrosidad criminal futura, tomando como punto de partida la previa comisión de un delito; sin embargo, hay sistemas que optan por imponer medidas de seguridad *ex ante* delito basados en una peligrosidad criminal predelictual, fundamento éste, que –como veremos– no encaja dentro de la esfera del Derecho penal.

Asimismo, también se acuñó el término peligrosidad social, que –como se verá– tampoco es fundamento suficiente como para justificar la imposición de una medida de naturaleza penal.

Frente a este planteamiento cabe definir cada uno de estos elementos. Así, la peligrosidad criminal se concibe como la posibilidad de que un sujeto cometa un delito o siga una vida delincencial reiterada, es decir, se trata de individuos antisociales que no son capaces de sobrellevar una vida en consonancia con las normas que rigen la sociedad²⁶.

Por su parte, la peligrosidad social reviste un pronóstico real o presunto de la comisión de actos de menor gravedad que perturban la paz social, sin llegar a constituir delitos en sentido estricto, ya que no se trata de personas antisociales, sino que son individuos asociales. Se trata de inadaptados sociales, que vive al margen de la ley, como por ejemplo, el vago, mendigos, ebrios habituales, toxicómanos, hippies, gitanos, parásito, que por esa condición no pueden ser catalogados de delincuentes peligrosos²⁷.

Con relación a esta última, ya hemos puesto de manifiesto que la peligrosidad social no es un fundamento válido para la imposición de medidas de seguridad penales, por lo que su prevención debe encomendarse a la política social del Estado, y en su defecto al Derecho Administrativo.

La peligrosidad criminal, entendida como un juicio de probabilidad delictiva de futuro, se divide a su vez en: *peligrosidad criminal predelictual* y *peligrosidad*

razones. En primer lugar, hubo estudios teóricos que ya hacían esta distinción, pero además se añadieron otros aspectos culturales como por ejemplo el impacto en la opinión mundial de las matanzas de gitanos durante la Segunda Guerra Mundial y la moda literaria de ensalzar a los asociales (hippies, gitanos, etc) y sus subculturas (LANDECHO VELASCO, *Comentarios*, 58, 2000).

26 Así, LANDECHO VELASCO, *Comentarios*, 57, 2000; MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 226, 1991; SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas*, 56, 2001; SANCHEZ YLLERA, *Comentarios*, 532, 1996; VIVES ANTON, *Comentarios*, 62, 1996.

27 Cfr. LANDECHO VELASCO, *Comentarios*, 57, 2000; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DIEZ, *Comentarios*, 78, 2000; MORILLAS CUEVAS, *Teoría*, 226, 1991; SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas*, 56- 57, 2001.

criminal postdelictual, según se presente antes o después de que el sujeto haya cometido el delito.

En este sentido, la peligrosidad criminal predelictual se presenta cuando un sujeto determinado aún no ha cometido un ilícito penal, o cuando en realidad sí ha delinquido pero su culpabilidad no ha sido determinada formalmente, esto es, mediante una sentencia firme.

Por el contrario, la peligrosidad criminal posdelictual se manifiesta cuando un sujeto efectivamente ha cometido un hecho típico y antijurídico, con independencia de su capacidad de culpabilidad.

Finalmente, debemos manifestar que esta distinción entre peligrosidad criminal pre y postdelictiva reviste de una gran importancia práctica, ya que en un Estado de Derecho no caben las medidas predelictuales cuando rigen principios como la presunción de inocencia y de *ultima ratio* del Derecho Penal.

Por estas razones, la aplicación de medidas de seguridad predelictuales se consideran inconstitucionales, pues vulneran los principios antes aludidos y versan sobre predisposiciones subjetivas que difícilmente pueden justificar su aplicación.

En definitiva, conviene recordar que la peligrosidad criminal y la peligrosidad social constituyen dos conceptos distintos, aunque también puede darse el caso que dentro de la peligrosidad criminal hayan sujetos socialmente peligrosos.

5.3 *El juicio de peligrosidad*

Como se ha explicado, la peligrosidad es –ante todo– un pronóstico, que debe ser confirmado mediante un análisis o juicio, tomando en cuenta ciertos criterios valorativos que aluden a las condiciones personales y sociales del sujeto.

Así pues, se denomina *juicio de peligrosidad* a la actividad en virtud de la cual el órgano jurisdiccional establece la existencia y grado de peligrosidad de un sujeto determinado, es decir, formula un pronóstico de peligrosidad criminal, determinando la probabilidad de que el sujeto cometa nuevos delitos en el futuro²⁸.

28 Según SANTOS REQUENA (*La imposición de medidas*, 49, 2001) el juicio de peligrosidad es la actividad mediante la cual el órgano competente llega al convencimiento de que existe la probabilidad de que determinada persona realice ciertos hechos lesivos del ordenamiento jurídico, y en consecuencia, puede establecer qué medidas de seguridad es procedente imponer; BARREIRO SANTOS (*Enciclopedia*, 927, 2002) sostiene que el juicio de peligrosidad, consiste en un juicio lógico de probabilidad; GARCIA ARAN (*Fundamentos*, 137, 1997) considera que para imponer una medida de seguridad, debe formularse un pronóstico de peligrosidad criminal como establecimiento de la probabilidad de comisión delictiva futura.

Este juicio tiene una existencia lógica, ya que en los sistemas dualistas la imposición de la pena tiene como fundamento la capacidad de culpabilidad del sujeto, pero ¿qué sucede cuándo el individuo carece de esta capacidad de culpabilidad? En este caso, cabría apreciar la aplicación de medidas de seguridad basados en dicho pronóstico de peligrosidad criminal que sólo puede ser confirmado tras un juicio valorativo²⁹.

Siguiendo esta línea, podemos establecer que la determinación de la peligrosidad criminal debe ser declarada judicialmente, para poder imponer las medidas de seguridad correspondientes, atendiendo a las especiales características del sujeto peligroso.

Claro está, que la aplicación de estas medidas de seguridad deben proporcionar el máximo de garantías materiales y procesales, pues -como se ha dicho- se trata de privación de bienes jurídicos que sólo el Estado -a través de sus órganos correspondientes- tiene facultades de imponer.

Un aspecto muy importante, es ¿qué grado de certeza debe tener esa probabilidad de peligrosidad? Pues bien, la probabilidad no es un criterio medible matemáticamente, tampoco ha de tratarse de una probabilidad mínima o insignificante; sino que deberá consistir en un criterio de probabilidad racional, tomando como parámetros la lógica y la experiencia común.

Pese a esta relativa claridad de criterios, lo cierto es que el problema es mayor, ya que pueden cuestionarse los métodos utilizados para llegar a ese pronóstico, la inexactitud de los síntomas del sujeto y la naturaleza incierta de la dicha probabilidad.

Aún con estos cuestionamientos, que efectivamente tienen razón de ser, nada impide que este juicio de probabilidad esté ajustado a estrictas reglas de racio-

29 En este sentido, podemos notar que existe un paralelismo entre la elaboración del concepto de culpabilidad como fundamento de la pena y el de peligrosidad criminal como fundamento de la medida de seguridad. Así, mientras la culpabilidad requiere de un juicio retrospectivo, la peligrosidad supone un juicio prospectivo, esto es, un cálculo de probabilidad. A pesar de sus marcadas diferencias, ambos conceptos tienen funciones análogas: la peligrosidad debe ser a la medida de seguridad lo que la culpabilidad es a la pena, ambas compartiendo una finalidad preventiva. Además, la existencia de culpabilidad y peligrosidad es una garantía para la aplicación de penas (*nulla poena sine culpa*) y medidas de seguridad (*nulla mesura sine periculositate*), respectivamente. En este sentido, SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas*, 54- 55, 2001.

alidad, basado en criterios interdisciplinarios que proporcionen datos con mayor rigurosidad³⁰.

En efecto, las incertezas que pueden surgir cada vez que se realice un juicio de peligrosidad pueden ponderarse con un la aplicación de un juicio racionalmente fundado, capaz de proporcionar las conclusiones suficientes para estimar si es procedente la imposición, alcance y duración de determinadas medidas seguridad en concreto.

En definitiva, todo juicio de peligrosidad debe resolver dos aspectos, a saber: a) la existencia de indicios de peligrosidad con base a ciertas características del

30 Aún cuando el pronóstico de peligrosidad se lleve a cabo mediante el auxilio de personal interdisciplinario, debemos aclarar que –en última instancia– quien decide y valora el caso concreto es el juez, ya que la peligrosidad es un concepto normativo no científico, por lo que los dictámenes asistenciales no tienen carácter vinculante. En este sentido, SANCHEZ YLLERA (*Comentarios*, 552, 1996) sostiene que –en el caso de anomalías psíquicas– el perito no está en condiciones de determinar la peligrosidad criminal de un enfermo mental, pues éste es un concepto jurídico que sólo cabe establecer mediante un acto de valoración que legalmente se encomienda a la decisión judicial. Además, este autor considera que la peligrosidad es un concepto que científicamente está en crisis por su indeterminación, ya que algunos estudios empíricos han arrojado las siguientes conclusiones, a saber: a) no existe correlación entre enfermedad mental y delincuencia. La proporción de delitos cometidos por enfermos mentales no es superior al del resto de la población sana, b) no existen instrumentos clínicos capaces de predecir un nuevo comportamiento criminal por parte de un sujeto, c) las afirmaciones que sobre la peligrosidad se hacen, se basan en metodologías no científicas, ni médicas ni psiquiátricas. Se utilizan parámetros ajenos a estas ciencias, tales como antecedentes penales, alarma social por el delito cometido, nivel de integración. Por todo lo expuesto, SANCHEZ YLLERA considera que el juicio de peligrosidad es un juicio jurídico, formulado en términos de probabilidad que debe satisfacer objetivos de política criminal. De esta forma, se muestra convencido que el auxilio pericial no proporcionará al juez mayor certeza que la que el mismo pueda obtener; sin embargo, aún consciente de la problemática que la prognosis criminal encierra debido a su carácter científico e incierto, admite que en la actualidad el Derecho penal en materia de inimputabilidad se funda en los juicios pronósticos como metodología más racional, pero exige el establecimiento de reglas y parámetros pre determinados legalmente para asegurar la racionalidad, transparencia y eficacia del pronóstico. Finalmente, merece la pena reproducir las conclusiones de la Asociación Americana de Psiquiatría sobre la materia: “*la peligrosidad no es un diagnóstico psiquiátrico ni médico, sino que comprende cuestiones de definición y de juicio jurídico, así como de política social. No se ha establecido una competencia científica de la psiquiatría en la predicción de la peligrosidad, por lo que los médicos deben renunciar a juicios concluyentes sobre este campo*”. Por su parte, VIVEN ANTON (*Comentarios*, 62, 1996) sostiene que la peligrosidad criminal se determina mediante un pronóstico emitido con auxilios técnicos necesarios; pero, en última instancia, queda librado a la apreciación del juez.

sujeto y, b) la probabilidad de comisión de hechos delictivos en el futuro. De conformidad con este silogismo, se suele afirmar que el juicio de peligrosidad tienen dos momentos: en primer lugar, el diagnóstico de peligrosidad, seguido del pronóstico criminal en caso de ser positivo dicho diagnóstico.

Finalmente, reiteramos que para la formación de este diagnóstico de peligrosidad, el órgano judicial deberá asistirse de criterios interdisciplinarios que, sumados a la experiencia lógica y la razón, deberán alcanzar un mínimo de certeza sobre la peligrosidad criminal de futuro. De esta forma, una vez alcanzado dicho pronóstico el judicial procederá a imponer las medidas que estime convenientes con arreglo a las disposiciones legales.

6. Fines

Como es sabido, existe una discusión con relación a la finalidad de las medidas de seguridad. Así, por un lado, hay quienes aducen que éstas tienen fines preventivo generales y especiales y; por otro lado, se plantea que las medidas de seguridad desempeñan una finalidad esencialmente preventivo especial.

A juicio de POLAINO/ POLAINO, nada obsta para sostener que las medidas de seguridad contribuyen el mismo fin preventivo general que las penas. De esta forma, expresan que la finalidad preventiva de las medidas es, prácticamente, común a las penas, esto es, una mezcla de criterios preventivo- generales y preventivo- especiales, aunque sí admiten que por lo general se resalta el mayor peso que presentan estos últimos³¹.

Por otro lado, existe cierta unanimidad en admitir que la finalidad esencial de las medidas de seguridad es la prevención especial, en cuanto se dirige a sujetos que ya han delinquido y que requieren un tratamiento adecuado para su resocialización e integración social³².

Este aspecto preventivo- especial, tiene que adoptar criterios político- criminales acordes a las garantías imperantes en todo Estado democrático y social de

31 POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTIZ, *Medidas de seguridad*, 919- 920, 2001.

32 Así, COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, 994, 1999; MAPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias*, 183, 1993; ANTÓN ONECA (Citado por MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 223, 1991; LANDROVE DIAZ (*Las consecuencias*, 167, 1991); GRACIA MARTIN y otros (*Las consecuencias*, 360, 1996); CONDE- PUMPIDO FERREIRO (*Derecho Penal*, 521, 1990); BARREIRO JORGE, *Enciclopedia*, 927, 2002; LUZON PEÑA, *Curso*, 55, 1998; LUZON CUESTA, *Compendio*, 259, 1999; COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DIEZ, *Comentarios*, 76, 2000.

Derecho, ya que de no ser así se correría el peligro de imponer medidas de seguridad sin ningún margen de garantías.

En este sentido, siguiendo a *RODRÍGUEZ MOURULLO/MORILLAS CUEVAS* cabe interpretar que la instauración de dichas garantías preventivas, son sumamente necesarias para evitar la aniquilación de sujetos bajo el pretexto de una supuesta defensa social que, en definitiva, no es más que la defensa de los que mandan³³.

Las garantías a las que se refieren estos autores pueden -a su vez- constituirse en requisitos que limitan la imposición de medidas de seguridad.

7. Principios rectores de las medidas de seguridad

La imposición de medidas de seguridad requiere de la existencia de unos principios básicos, a saber:

- a) vigencia del principio de legalidad, en virtud del cual debe establecerse la exigencia de una peligrosidad criminal que fundamente la imposición de las medidas previamente establecidas en la ley,
- b) exigencia de la comisión previa de un injusto típico, de lo que se infiere que las medidas de seguridad deben ser siempre *post-factum*, *post-delictum*,
- c) respeto escrupuloso del principio de proporcionalidad, que exige la no imposición de medidas de seguridad más gravosas ni de mayor duración que la penas que correspondería aplicar en caso de ser imputable el sujeto,
- d) medidas de seguridad de carácter resocializador,
- e) exigencia de inimputabilidad o semiimputabilidad,
- f) eliminación de todo carácter aflictivo y,
- g) la imposición de las medidas por el órgano jurisdiccional competente.

Si la aplicación de las medidas de seguridad se subordinan a estas exigencias, entonces sí estaremos hablando de un sistema de medidas que cumple con los postulados de un Estado de Derecho, que tiene como fin primordial la prevención de delitos futuros a través de un mecanismo de integración social.

33 MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 229, 1991.

8. Las medidas de seguridad ¿responden al modelo del Derecho penal de autor o del Derecho penal del acto?

Ya hemos anticipado, que una cuestión muy discutida en la actualidad, es el sistema al que responden las medidas de seguridad: al Derecho penal del acto o al Derecho penal de autor³⁴. Como es sabido, las medidas de seguridad se orientan a la personalidad del sujeto al que se imponen. Precisamente por tratarse de sujetos inimputables o semiimputables a los que no se les puede imponer una pena, por razón de su incapacidad de culpabilidad, pero sí una medida de seguridad de tipo asistencial y terapéutico adecuado a su personalidad, con fines curativos.

Esta afirmación ha llevado a algunos autores –entre ellos *ROXIN*- a considerar que al tomarse como referencia la personalidad del sujeto, las medidas de seguridad se inspiran y rigen por el sistema de Derecho penal de autor, que imperaba en regímenes autoritarios.

A juicio de *POLAINO/ POLAINO* esta afirmación es errónea, ya que el Derecho penal moderno es, sin lugar a dudas, un Derecho penal del hecho, y las medidas de seguridad que se regulan toman como punto de partida la comisión de un hecho delictivo, al que deberá sumarse un juicio de peligrosidad criminal, que una vez confirmado conduce a la imposición de una medida de seguridad³⁵.

En efecto, este argumento es contundente, ya que el hecho que las medidas sean acordes a la personalidad del autor, no significa que el sistema jurídico-penal de las medidas se inspire por el Derecho penal de autor, pues el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto tomando como punto de partida el presupuesto normativo de la realización de un injusto típico, de forma tal que si el sujeto no comete ningún delito es prácticamente imposible imponerle una medida de seguridad.

Por su parte, *ROXIN* insiste en que las medidas de seguridad se orientan a la personalidad del autor; y, como no requieren culpabilidad, suponen un amplio

34 El Derecho penal del hecho, predominante en la actualidad, se basa en la acción del sujeto como fundamento de la sanción: el sujeto sólo es castigado por lo que hace, y guardando la proporcionalidad con la gravedad de su conducta. En cambio, el sistema de Derecho penal de autor, característico de épocas totalitarias (sistema penal nazi), impone la sanción penal valorando la "personalidad del autor", esto es, a sujetos con determinado perfil estimado criminal, aún cuando éste no haya cometido delito alguno.

35 *POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS, Medidas de seguridad, 905- 906, 2001.*

retroceso del hecho concreto como fundamento de la medida. No obstante, admite que es cierto que se han establecido una serie de garantías que limitan la imposición de las medidas, pero que –en comparación con la pena- se han invertido los signos, ya que la personalidad del autor está en primer plano, y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción e impedir excesos en su aplicación.

Frente a este argumento, *POLAINO/POLAINO* se pronuncian negando su fundamento. En este sentido, los autores citados parten de la premisa que el Derecho penal de autor atiende, en efecto, a las personalidad del sujeto, particularmente a su peligrosidad social como síntoma de futura o eventual contradicción con la norma. Pero, sostienen que en los ordenamientos penales modernos se ha excluido la peligrosidad social, y únicamente se admite la peligrosidad criminal como fundamento, tras la comisión de hechos delictivos³⁶.

En definitiva, la discusión aquí planteada reviste de mucho interés a efectos de confirmar una vez más, que en el ámbito penal las únicas sanciones aplicables a los inimputables o semiimputables (sujetos con imputabilidad disminuida) son las medidas de seguridad *post delictum*.

Por esta razón, debemos admitir – con *POLAINO/POLAINO*- que no es del todo cierto que la imposición de medidas de seguridad se apliquen preferentemente atendiendo a la peligrosidad del sujeto, sino que además requieren la previa comisión de un delito, al igual que sucede con la imposición de las penas. En esta línea, podemos afirmar que tanto las penas como las medidas si bien se aplican atendiendo a ciertas características personales del autor, no por eso debe admitirse que estas consecuencias jurídicas del delito se rigen por el sistema de Derecho penal de autor.

Evidentemente, la imposición de una u otra sanción deberá atender a criterios de imputabilidad (capacidad de culpabilidad), inimputabilidad y semiimputabilidad del individuo, para así determinar cuál de las privaciones de Derecho es más compatible con la personalidad del autor, tomando siempre como referencia la pretendida resocialización del sujeto. Así, el sistema ofrece soluciones precisas, de forma tal que, a los sujetos imputables se le aplican penas, a los inimputables medidas de seguridad y, a los semiimputables penas y medidas de seguridad con arreglo al denominado sistema vicarial.

36 Cfr. *POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS, Medidas de seguridad*, 907, 2001.

9. Ámbito de aplicación de las medidas de seguridad

Aunque ya hemos adelantado que las medidas de seguridad se aplican a sujetos inimputables y semiinimputables, merece la pena precisar aún más algunas consideraciones al respecto.

En principio, dentro de los requisitos para la imposición de las medidas de seguridad establecíamos la existencia de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad) o de capacidad de imputación disminuida (supuestos de semiinimputabilidad); no obstante, existen sistemas que optan por establecer la imposición de medidas de seguridad a sujetos con imputabilidad plena, es decir, se sugiere la imposición de medidas junto a la pena.

Algunas de las manifestaciones de medidas de seguridad aplicables a sujetos inimputables, son: la privación de la licencia o del permiso de armas, la privación de la conducción de vehículos automotores, prohibición de acudir a determinados lugares, etc. Este aspecto puede ser considerado como una excepción a la regla general sobre la imposición de medidas de seguridad; no obstante, cabe destacar que se trata de medidas no privativas de libertad, sino privativas de Derechos.

En consecuencia, debemos admitir que –la regla general– es que las medidas de seguridad se imponen a: 1) sujetos inimputables o carentes de capacidad de culpabilidad por presentar una anomalía o trastorno mental transitorio que le impida comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a dicha comprensión³⁷, 2) sujetos semiinimputables o con imputación disminuida, quienes si bien presentan alguna alteración psíquica, su intensidad no es suficiente para apreciar una exención completa, sino incompleta de responsabilidad criminal.

El fundamento de esta solución ya ha sido tratado en las causas de inimputabilidad, pero conviene recordar que se parte de una fórmula biológico-normativa que alude a la alteración psíquica y al efecto de inimputabilidad (incapacidad de comprender la antijuridicidad del hecho o actuar conforme a dicha comprensión).

Así pues, los inimputables no pueden comprender la ilicitud de su conducta, por eso el ordenamiento no puede reprocharle su acción con una pena, sino con una sanción especial de corte asistencial y terapéutico denominado “medida de seguridad” que le proporcione un tratamiento adecuado a su personalidad.

³⁷ Cabe recordar, que también se incluyen dentro de los supuestos de inimputabilidad: la minoría de edad, la alteración de la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, la intoxicación plena por sustancias alcohólicas, drogas y el denominado síndrome de abstinencia.

10. Clases de medidas de seguridad

Se ha propuesto la clasificación de las medidas de seguridad atendiendo a ciertas hipótesis que aluden a:

- a) sujetos con inimputabilidad plena, a quienes se les aplica una medida de seguridad, pero nunca una pena, salvo el supuesto de las eximentes incompletas que admiten un tratamiento de penas y medidas,
- b) sujetos con capacidad de culpabilidad plena, quienes manifiestan una peligrosidad criminal de futuro, lo que supone una excepción como ya hemos anticipado,
- c) sujetos con imputabilidad plena, a quienes se imponen medidas en sustitución de penas, basados en diversos criterios preventivos o político criminales que aconsejan la conveniencia de tal sustitución.

En este sentido, las medidas de seguridad pueden clasificarse en:

- medidas de seguridad originarias (sustitutivas en sentido impropio), en cuanto son la única sanción aplicable a los sujetos inimputables, es decir estas medidas reemplazan a la pena que correspondería aplicar al sujeto en caso de tener capacidad de culpabilidad,
- medidas complementarias o suplementarias de la pena, que cumplen una función auxiliar de la pena y apoyan su efecto preventivo- general, (por ejemplo: la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, privación del permiso de conducir)³⁸,
- medidas de seguridad sustitutivas en sentido propio, éstas – a diferencia de la medidas originarias- se imponen al autor culpable en lugar de la pena³⁹,

38 COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DIEZ, *Comentarios*, 82, 2000.

39 Según JAKOBS, estas medidas fortalecen la autoridad de la norma mediante la eliminación del peligro para los bienes (no para las normas). Para este autor, la condición de inculpable en el sujeto puede llevar a una indeterminación de la medida aplicable, pues sostiene que a los imputables sí pueden aplicarse criterios proporcionales. Frente a esta posición, reaccionan COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DIEZ (*Comentarios*, 84- 85, 2000) argumentando que las conclusiones de JAKOBS resultan un retorno a las cavernas en medidas de seguridad, ya que este autor deja abierta la posibilidad a que el principio de proporcionalidad quede relegado, o incluso deje de existir en el caso de los inimputables. Así, los autores antes citados, manifiestan que los sistemas que regulan las medidas de seguridad incorporadas en los códigos penales modernos, deben responder a los mismos principios constitucionales que rigen para los delitos y las penas, principalmente las máximas de legalidad y proporcionalidad.

- una cuarta clasificación manifiestamente rechazada, se refiere a las medidas de seguridad inocuizadoras, que –como veremos- son fuertemente criticadas, ya que suponen una vulneración de garantías.

10.1 *Medida de seguridad originaria o sustitutiva en sentido impropio*

Este tipo de medidas constituyen el supuesto más común, en tanto suponen la única sanción jurídica aplicable a los inimputables o semimimputables que realizan un injusto típico no culpable (o no plenamente culpable).

El presupuesto y fundamento de estas medidas de seguridad originarias, están constituidos, respectivamente, por la realización de un delito y la peligrosidad criminal del sujeto en cuestión.

Así, por ejemplo: un esquizofrénico mata a otra persona, no siendo posible imputarle tal conducta en tanto carece de capacidad de culpabilidad. Por esta razón, ha de aplicársele una medida de seguridad (internamiento en un centro psiquiátrico) en lugar de una pena.

Se ha establecido que la denominación de “sustitutiva de la pena” que recibe esta primera clase de medidas es incorrecta, ya que en realidad no sustituyen a la pena, pues a los inimputables jamás podría aplicárseles una pena, al faltar la capacidad de culpabilidad en el sujeto. Para algunos autores, las medidas originarias lo que en verdad hacen es “reemplazar” a la pena que correspondería imponer en el hipotético caso de que el sujeto fuera plenamente responsable.

Siguiendo esta línea, se dice que sólo por “ficción jurídica” podría decirse que sustituyen a la penas. Así pues, esta sustitución es hipotética o ficticia, ya que las acciones típicas y antijurídicas, pero no culpables, solo pueden ser sancionadas con una medida de seguridad como único mecanismo de reacción frente al delito⁴⁰.

Esta afirmación ha sido criticada –no sin razón- por un sector de la doctrina alemana, al afirmar el “fraude de etiqueta” o “hipocresía punitiva” que supone el llamar “medidas” a una sanción que prácticamente es igual a la pena (el internamiento en un centro psiquiátrico y el internamiento en un sistema penitenciario).

40 Cfr. POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS, *Medidas de seguridad*, 919, 2001.



10.2 *Medidas de seguridad complementaria o suplementaria de la pena*

Este tipo de medidas de seguridad se imponen excepcionalmente a sujetos plenamente imputables, y suponen una doble punición, ya que por un lado se impone la sanción correspondiente al delito cometido y, por otro, se aplica una medida de seguridad complementaria de la pena.

El fundamento de estas medidas no radica en la realización de un injusto típico no culpable, sino por el contrario se basa en la realización de un tipo de injusto culpable, en virtud del cual se deduce un pronóstico de peligrosidad criminal del autor.

Según *POLAINO/POLAINO* la mayor dificultad que atraviesan estas medidas es, precisamente, su adecuación al principio de *ne bis in idem*, en virtud del cual un mismo hecho no puede ser sancionado dos veces. Siguiendo esta línea, es evidente que la doble punición recae sobre la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) que fundamenta este principio.

Por esta razón, los autores antes citados manifiestan que esta clase de medidas son de dudosa constitucionalidad; no obstante, consideran que pueden aplicarse estas medidas siempre y cuando se parta de criterios restrictivos, en donde cada consecuencia jurídica tenga su propio campo de acción, mediante la previa determinación legal de los fundamentos para su imposición.

10.3 *Medidas de seguridad substitutivas en sentido propio*

Este tipo de medidas ha sido formulada por *JAKOBS*, y se imponen al sujeto con imputabilidad plena, en real sustitución de la pena que correspondería aplicarle dada su capacidad de culpabilidad, pero que por razones preventivas o dogmáticas, merece ser substituida por la medida como sanción penal más adecuada.

A diferencia de las medidas de seguridad originarias, en las que la sustitución por la pena es ficticia o irreal; en esta tercera clase de medidas la sustitución por las penas es real, es decir, al autor del hecho sí correspondería la aplicación de una pena, pero atendiendo a razones dogmáticas y político criminales se substituye la pena por la medida, como sanción más idónea a la personalidad del autor.

10.4 *¿Medidas inocuidadoras post cumplimiento de pena?*

Algunas legislaciones y modernas tendencias doctrinales han optado por la creación de medidas de seguridad aplicables a sujetos que ostentan una espe-

cial peligrosidad, así por ejemplo: los delincuentes sexuales peligrosos e incorregibles, autores reincidentes irresocializables, etc. Dichas medidas se denominan “medidas de seguridad inocuizadoras”.

Como su nombre lo indica, la finalidad de estas medidas es inocuizar al sujeto, esto es, hacerle inofensivo, de forma tal que se logre neutralizar la peligrosidad del mismo, para que no vuelva a cometer delitos en el futuro y lograr así su reinserción social. Además, el ámbito de aplicación de estas medidas se orienta a sujetos imputables y consiste en “en el recurso a medios de aseguramiento cognitivo, junto a la pena como mecanismo de aseguramiento contrafáctico de la vigencia de la norma”⁴¹.

En realidad, se trata de medidas de seguridad predelictuales, pues se aplican a sujetos que ya han cumplido la condena señalada por la comisión de un delito; pero que, continúan manifestando una peligrosidad criminal de futuro, razón por la cual se considera necesario intimidarle psicológicamente para que no reincida y abandone sus pretensiones criminales.

A continuación, analizaremos algunas consideraciones sobre las medidas de seguridad inocuizadoras; sin embargo, hemos de adelantar nuestra oposición a su aplicación, ya que aún cuando surgen con fines loables de prevención y protección, suponen una vulneración de ciertas garantías constitucionales.

Como hemos mencionado, el ámbito de aplicación de estas medidas se orienta a sujetos imputables reincidentes e incorregibles, lo que se deduce de sus antecedentes penales como factor estigmatizante. Este parámetro, constituye –como veremos– uno de los puntos más criticables, ya que no se toma como referencia la comisión del delito, sino los aspectos personales del sujeto que se deducen de su historial delictivo.

10.4.1 Críticas a las medidas de seguridad inocuizadora

Como ya hemos expresado, este tipo de medidas vulneran una serie de principios constitucionales que hacen insostenible su aplicación en un Estado democrático y de Derecho.

Las vulneraciones aludidas se refieren a:

- incompatibilidad con el principio *ne bis in idem*, ya que la imposición de una medida de seguridad post cumplimiento de pena por el culpable, constituye un supuesto de doble punibilidad por un mismo hecho,

41. POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS, *Medidas de seguridad*, 912- 913, 2001.

- las medidas de seguridad inocuizadoras responden a los postulados del Derecho penal de autor, ya que toman la reincidencia como un factor estigmatizante y decisivo para su imposición,
- en conexión con lo anterior, podemos precisar que estas medidas se imponen al sujeto por puras presunciones de peligrosidad futura aún cuando haya cumplido la pena impuesta por el delito cometido, es decir, que estas medidas no toman como presupuesto la comisión de un injusto típico, sino la predisposición delictiva del sujeto después de cumplir su condena,
- siguiendo la línea anterior, estas medidas no se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto exteriorizada por la comisión de un delito, sino que parten de una peligrosidad social predeictual, que –como hemos señalado- implica sólo una probabilidad de dañosidad futura sin tomar como base comisión delictiva alguna y,
- estas medidas vulneran el principio de proporcionalidad, ya que al imponer una sanción después que el sujeto ha cumplido la condena impuesta, hace que el contenido de la medida sea más gravoso que el de la misma pena, lo cual es insostenible.

En efecto, las medidas de seguridad *inocuizadoras* son criticables bajo los señalamientos indicados anteriormente, razón por la cual no son susceptibles de introducirse en sistemas penales que pretenden brindar seguridad jurídica y garantías constitucionales al ciudadano.

Además, debemos aclarar que si bien el Estado está obligado -por mandato constitucional- a brindar a los penados una serie de tratamientos asistenciales *orientados* a resocializar al sujeto, esto no significa que se logre efectivamente esta finalidad, y aunque el sujeto no manifieste rehabilitación, no se puede impedir su libertad cuando ya ha cumplido con la pena impuesta.

10.5 Argumentos *pro* medidas de seguridad predeictuales

Como es sabido, hoy en día es unánime la aplicación de medidas de seguridad post delictivas; no obstante, existieron grupos radicales prevencionistas que dejaron de un lado las garantías que brindaba el sistema de peligrosidad delictual.

Así pues, se plantearon varios argumentos a favor de las medidas de seguridad predeictuales, a saber:

a) se consideraba que, desde un plano teórico, resultaba admisible que la defensa social se ejerciera antes de la realización de delitos, y precisamente para prevenirlos. De esta forma, el delito queda relegado a un segundo plano, y predomina la peligrosidad social, razón por la cual se aplicó esta tesis peligrosista a vagos, mendigos, vagabundos, bebedores habituales, etc.

b) con las medidas predelictuales se buscaba precaver el delito aún no cometido pero en situación de potencialidad activa,

c) el Derecho penal moderno debe prevenir más que castigar; por ello la reeducación del individuo será más fácil si se ataja el mal antes de cometido el delito⁴².

Bajo estos argumentos, se pone de manifiesto que en sus orígenes la peligrosidad social y criminal tenían un fin común, esto es, la prevención de delitos; sin embargo, el factor determinante para diferenciar las formas de peligrosidad relevantes iba a ser la presencia o no de un delito como indicio de prognosis criminal.

11. Penas y medidas de seguridad. Sistemas de regulación

Hasta el momento, hemos estudiado los aspectos esenciales de las medidas de seguridad. Ahora, mostraremos la relación existente entre penas y medidas de seguridad, pasando previamente por el estudio y análisis de los distintos sistemas y planteamientos doctrinales que se han ofrecido para combinar ambas figuras en el Derecho positivo.

Previo a este ejercicio, cabe precisar que la tendencia sobre el sistema de penas y medidas de seguridad es la unificación por razones político criminales. Esto se debe a que en el terreno práctico, tanto las penas como las medidas suponen privación de bienes jurídicos, por lo que algunos autores establecen que sus diferencias son ínfimas.

Históricamente, han existido dos sistemas que regulan la existencia de penas y medidas de seguridad en los ordenamientos positivos. Así pues, los sistemas tradicionales son el monismo y el dualismo, cada cual con sus propias características y manifestaciones.

42 BERISTAIN (Citado por MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 226- 227, 1991).

11.1 *Sistema monista*

El sistema monista tradicional defendía la inclusión en el Derecho penal de una sola consecuencia punitiva, como medio de reacción frente al delito: a) bien la pena (monismo de penas) o, b) bien la medida de seguridad (monismo de medidas de seguridad), aunque siempre se decantaban por la pena⁴³.

Como su nombre lo indica, el monismo de penas se refería al establecimiento único y exclusivo de penas como medio de castigo. La pena, era considerada como el único medio de sanción para lograr la retribución del delito cometido. En este sentido, se afirmaba que a todo delincuente había de imponérsele una pena, con independencia de sus características personales.

Este sistema se defendía hasta el siglo XIX, antes de que se introdujera la regulación de las medidas de seguridad en el anteproyecto de código penal suizo de 1893, redactado por CARL STOOSS. No obstante, en la actualidad hay autores que defienden la utilización de este sistema de antigua usanza, rechazando de plano las medidas de seguridad, bajo el argumento del fracaso alcanzado con la imposición de tratamientos terapéuticos que contiene la pena misma.

El monismo de medidas de seguridad, optaba por establecer la plena sustitución de las penas por otras medidas asegurativas, y ello sobre la base del fracaso de las penas como medio idóneo para alcanzar los fines tutelares y preventivos propios del Derecho penal⁴⁴.

Este sistema de configuración unilateral del Derecho penal, estimó que las conductas subsumibles en los tipos penales debían castigarse sólo con pena o sólo con medida de seguridad; ya que, la existencia de ambos supuestos conduciría a un sistema dual: ordenamiento de penas y ordenamiento de medidas de seguridad.

11.2 *Sistema dualista*

Este sistema ha sido mayoritariamente aceptado y consiste en el establecimiento de penas y medidas de seguridad como medios de reacción frente al delito, con finalidades y características diferentes.

Así, las medidas de seguridad se diferencian de las penas tanto en sus fundamentos y presupuestos como en sus consecuencias y efectos, lo que facilita la

43 MORILLAS CUEVA, *Teoría*, 231, 1991.

44 POLAINO NAVARRETE/ POLAINO ORTS, *Medidas de seguridad*, 921- 922, 2001.

apreciación de cuándo ha de aplicarse unas y otras, sin que esto denote una separación tajante entre éstas, ya que afortunadamente las legislaciones penales modernas adoptan un sistema dualista, en virtud del cual las penas y las medidas pueden conjugarse, tomando como referencia las características personales del sujeto.

El sistema dualista sucedió al monismo punitivo, tomando como base la idea que el sistema punitivo que debe imperar en un Estado de Derecho ha de servir tanto de penas como de medidas de seguridad, estructurándose el ordenamiento penal en un sistema de doble vía, que no prescinde de ninguna de estas dos categorías penales.

En este sistema, que en sus inicios se denominó *dualismo rígido*, ambas sanciones se pueden aplicar cumulativamente, esto es, conjuntamente si conforme a su naturaleza ello es posible, o sucesivamente. El criterio definitorio para la aplicación conjunta de dichas sanciones, es la posibilidad de su aplicación a un mismo sujeto por un mismo comportamiento⁴⁵.

Finalmente, a lo largo de la evolución histórico- dogmática de las sanciones penales, se llegó a un sistema que supera al monismo punitivo, así como al *dualismo rígido*, en virtud del cual podía imponerse cumulativa o sucesivamente la pena más la medida de seguridad. De manera que, se adopta un sistema *dualista flexible* que permite la aplicación de penas y medidas de seguridad no de forma acumulativa, sino condicionado al denominado sistema vicarial que estudiaremos enseguida.

11.3 *Sistemas neo- monista y neo- dualista*

Hoy en día, los sistemas penales modernos parten del reconocimiento de penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas más importantes del delito. Pese a esta posición cada vez más mayoritaria, aún no puede afirmarse con toda propiedad que el debate entre dualismo y monismo esté del todo superado, girando la moderna discusión a cerca de si deben considerarse equivalentes ambas instituciones, o si por el contrario, tienen un contenido y finalidades distintas.

45 Este sistema fue criticado –acertadamente– de irracional e injusto. De irracional, en cuanto a que, en los casos de concurrencia de pena y medida de seguridad privativas de libertad, se propugnaba por el cumplimiento previo de la pena privativa de libertad y posteriormente la ejecución de la medida. Lo injusto se refiere a la doble punición que implica la aplicación de dos sanciones privativas de libertad a un mismo sujeto por el mismo hecho. En este sentido, JORGE BARREIRO, *Enciclopedia*, 931- 932, 2002.

a) El neo- monismo, reconoce la existencia tanto de penas como de medidas de seguridad como medios de sanción penal; sin embargo, las concibe como instituciones semejantes difícilmente diferenciables aún desde el plano teórico, ya que ambas tienen el mismo contenido y cumplen la misma finalidad.

b) El neo- dualismo, también denominado *dualismo flexible*, adopta el denominado *sistema vicarial* como la clave para la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad. El sistema vicarial, consiste en la sustitución de la pena por la medida, pero no de forma cumulativa de pena más medida –que puede resultar incompatible con el principio *non bis in idem*–, sino de forma vicarial, esto es, la aplicación de la medida de seguridad se computa al total de la pena y excluye el tanto de la pena que correspondía cumplir al autor del delito.

Así, por ejemplo: X ha cometido un homicidio y el tribunal aprecia una eximente incompleta de alteración mental, por lo que decide imponerle una pena de 6 años de prisión, previo internamiento de 4 años en un centro psiquiátrico, de conformidad con el dictamen médico. Una vez que X ha cumplido los 4 años de internamiento en el centro especializado, sólo le restará cumplir dos años más de prisión, pues el tiempo que ha permanecido cumpliendo la medida de seguridad impuesta se abona a la pena total declarada por el tribunal.

Ciertamente, el sistema vicarial que establece la aplicación de penas y medidas de seguridad a un mismo sujeto por la comisión de un delito, además de mostrarse respetuoso del principio de *non bis in idem*, también constituye un mecanismo que proporciona los fines preventivos y de reinserción social que debe contener todo sistema punitivo en un Estado democrático y de Derecho.

12. ¿Es necesaria la celebración de un juicio para la imposición de medidas de seguridad?

Algunos sectores opinan que en el procedimiento para la imposición de medidas de seguridad se vulneran ciertas garantías procesales, principalmente el principio de presunción de inocencia, ya que no hay posibilidades de abrir un juicio contradictorio en el que se demuestre que el inimputable o semiimputable efectivamente ha cometido un delito⁴⁶.

Al respecto, debemos recordar que las medidas de seguridad sólo pueden imponerse en virtud de una sentencia que declare la responsabilidad del sujeto

46 En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, 595- 596, 2002.

en el hecho, lo que denota la necesidad de celebrar un juicio con todas las garantías procesales y constitucionales establecidas por la ley.

De lo anterior se deduce que el judicial debe celebrar el debido proceso legal, en todas sus manifestaciones, esto es: derecho a la defensa, control de legalidad sobre las pruebas propuestas, contradicción, derecho a los recursos, etc. Esto se debe, a que las medidas de seguridad suponen una consecuencia jurídica del delito, por lo que –al igual que las penas- deben imponerse judicialmente previa celebración del juicio respectivo⁴⁷.

Ciertamente, el juicio versará sobre la autoría o participación del sujeto en el hecho, teniendo en cuenta si al momento de su comisión concurría en él alguna causa de inimputabilidad o semiimputabilidad. De esta forma, una vez que se demuestre la participación del sujeto en el delito, así como la concurrencia de alguna situación de inculpabilidad, se procederá a imponer la medida de seguridad correspondiente, atendiendo al juicio de peligrosidad que ya hemos estudiado.

En definitiva, si la imposición de las medidas de seguridad se realiza al margen de las garantías antes señaladas, estaremos ante un medio de reacción frente al delito carente de toda legalidad, por lo que su aplicación sería arbitraria y de dudosa constitucionalidad.

47 La legislación procesal penal nicaragüense -tomando como punto de partida el principio de legalidad- adopta esta premisa, ya que el arto. 1 CPP establece que "Nadie podrá ser condenado a una pena o *sometido a una medida de seguridad, sino mediante una sentencia firme*, dictada por un tribunal competente en un *proceso* conforme a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, a las disposiciones de este Código y a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República". Asimismo, el arto. 205 CPP sugiere que si el acusado o su defensor pretenden invocar una eximente por trastorno mental, perturbación psíquica o alteración de la percepción deberán comunicarlo al Ministerio Público en el período de intercambio de pruebas; además, se establece que "Si debido a su estado, el acusado no puede comportarse adecuadamente *durante el juicio* o pone en peligro la seguridad de los presentes, éste se podrá realizar sin su presencia. En este caso será representado en todas las diligencias del proceso, *incluido el juicio*, por su defensor, sin perjuicio de la representación que pueda ostentar su guardador". En definitiva, ambas disposiciones legales denotan que tanto la imposición de medidas de seguridad como la existencia de una causa de inimputabilidad deben declararse judicialmente previa celebración del juicio correspondiente.

CONCLUSIONES Y TOMA DE POSTURA

I

Las medidas de seguridad surgieron como una alternativa a la aplicación de las penas que revestían un carácter eminentemente retribucionista y carente de finalidades preventivas, aspecto éste que provocó la crisis del Derecho penal clásico y propició la instauración de un sistema de medidas basadas en la peligrosidad delictiva.

II

Las medidas de seguridad constituyen verdaderos medios de reacción frente al delito, razón por la cual debe considerárseles restricciones de bienes jurídicos que se imponen por el Estado al ciudadano y, por ello, deben incluirse dentro del concepto de Derecho Penal y someterse a los límites del *Ius Puniendi* para evitar las arbitrariedades e indeterminaciones que prevalecían en sistemas totalitarios.

III

Con relación a la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad post delictivas, cabe precisar que éstas pertenecen al ámbito único y exclusivo del Derecho Penal, desconociéndose por tanto cualquier planteamiento administrativista que pretenda establecer que las medidas de seguridad que se imponen como consecuencia de la comisión de un delito pertenecen al Derecho de policía o al Derecho administrativo sancionador.

IV

El fundamento para la imposición de las medidas de seguridad está constituido por la peligrosidad criminal, aspecto éste que debe ser confirmado tras la realización de un juicio valorativo sobre las especiales cualidades del sujeto, quien manifiesta un indicio de peligrosidad criminal de futuro derivada de la comisión de un delito. De esta forma, la peligrosidad criminal es la que importa al Derecho Penal a efectos de la imposición de medidas de seguridad post injusto típico, excluyéndose así la peligrosidad social que años atrás era suficiente elemento para la aplicación de medidas predelictuales, lo que hoy en día ha sido correctamente superado.

V

El juicio de peligrosidad criminal está constituido por dos etapas, a saber: un diagnóstico, en virtud del cual se determina la existencia de un grado de pe-

ligrosidad y, un pronóstico de delincuencia futura (prognosis criminal). Mediante este juicio, se establece la probabilidad de que el sujeto cometa un delito en el futuro inmediato, razón por la cual requiere un tratamiento más adecuado a su personalidad. No obstante, el pronóstico de peligrosidad no es un criterio mensurable, por lo que el judicial debe atender a criterios racionales y a la experiencia común.

VI

Pese a que los dictámenes interdisciplinarios no tienen carácter vinculante, es necesario que el juez atienda a los mismos, para así llegar a conclusiones más acertadas con relación a la peligrosidad criminal del sujeto, en *pro* de una adecuada aplicación de las medidas de seguridad, por lo que debe negarse toda afirmación que descarte o reste importancia a los informes asistenciales.

VII

Las medidas de seguridad, tienen una finalidad esencialmente preventiva especial, ya que se aplican a sujetos con especiales características personales que requieren un tratamiento más especializado, mediante el cual se procura que el individuo sea capaz de motivarse por las normas y que eviten delinquir en el futuro. Ciertamente, también existen razones preventivas generales, pero alcanza solo a un sector específico, p. ej: privación de la licencia de conducir.

VIII

Las medidas de seguridad –al igual que las penas– deben de brindar un mínimo de garantías, por lo que su aplicación estará condicionada por la concurrencia de ciertos principios que legitiman su imposición, tales como: principio de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización, humanización, juez competente. En este sentido, autores como *JAKOBS* han llegado a sostener que las medidas de seguridad pueden prescindir de criterios de proporcionalidad en cuanto a su aplicación, ya que en el caso de los sujetos inculpables se puede llegar a una indeterminación de la medida aplicable. Esta posición debe ser rechazada, pues como afirman *COBO/ QUINTANAR* las conclusiones de *JAKOBS* son un retorno a las cavernas de las medidas de seguridad, por lo que es preferible asumir un sistema de medidas de seguridad basado en principios constitucionales que rigen para los delitos y las penas, principalmente las máximas de legalidad y proporcionalidad.

IX

Con relación a la discusión de si las medidas de seguridad responden al sistema del Derecho penal de autor o al Derecho penal del hecho, debemos mani-

festar nuestra oposición a considerar que el sistema de medidas de seguridad se basa en el Derecho penal de autor, ya que si bien las medidas de seguridad se imponen de conformidad con un pronóstico de peligrosidad basado en ciertas características del sujeto, el presupuesto básico para su aplicación está constituido por la comisión de un hecho delictivo y no por meras predisposiciones subjetivas. Además, cuando el juez impone una pena dentro del marco que la ley establece, también toma en cuenta determinadas cualidades personales del sujeto, y no por eso debe argüirse que el sistema de penas obedece al sistema del Derecho Penal de autor. En definitiva, la imposición de penas o medidas de seguridad responden al Derecho penal del hecho, pues únicamente se aplican en virtud de la comisión de hechos delictivos.

X

Con respecto al ámbito de aplicación de las medidas de seguridad, debemos precisar que –en general– están destinadas para los supuestos de inimputabilidad y semiimputabilidad; sin embargo, pueden aplicarse a sujetos plenamente imputables pero que manifiestan un pronóstico de peligrosidad futura tras haber cometido un delito.

XI

Dentro de la clasificación de las medidas de seguridad, las *complementarias* cumplen una función auxiliar de las penas; no obstante, se ha llegado a dudar a cerca de su constitucionalidad, ya que tiene roces con el principio *non bis in idem* en tanto suponen un doble castigo por un mismo hecho. Ciertamente, la imposición de una pena más una medida de seguridad por la comisión un mismo delito puede resultar excesiva y desproporcionada; sin embargo, considero que es necesario el establecimiento de ciertas medidas de seguridad que se apliquen simultáneamente con la pena, a efectos de conseguir mejores mecanismos de preventivo- generales, preventivo- especiales y de resocialización. Tal es el caso de la privación del permiso de conducir cuando la peligrosidad del agente es manifiesta por sus reiteradas faltas a las leyes del tráfico.

XII

Las denominadas medidas de seguridad inocuizadoras que se aplican post cumplimiento de pena, son desde mi punto de vista inconstitucionales, ya que vulneran el principio *non bis in idem*, al imponerse una medida de seguridad después que se ha cumplido con la pena establecida por el juez, basándose en una peligrosidad derivada de aspectos como la reincidencia, delincuencia sexual incorregible, etc. Además, estas medidas deben ser consideradas predelictuales,

ya que no toman como referencia la comisión de un delito, sino por puras presunciones de peligrosidad delictiva fundada en la reincidencia como factor estigmatizante, lo que resulta inadmisibles por su afinidad con el obsoleto Derecho penal de autor.

XIII

Siguiendo la línea anterior, las medidas de seguridad inocuizadoras también vulneran el principio de proporcionalidad, ya que su aplicación posterior al cumplimiento de la pena hacen más gravoso el contenido de la sanción por el delito cometido. En Alemania, una manifestación de este tipo de medidas lo constituye la denominada "custodia de seguridad", en virtud de la cual se puede privar de libertad al que ya ha cumplido su condena, cuando hay indicios racionales que su estado peligroso o de potencialidad delictiva aún prevalece, es decir, que si una vez cumplida la pena se determina que el sujeto es aún peligroso se le aplica esta medida de seguridad, lo que hace que la sanción sea indeterminada.

XIV

Los argumentos en *pro* de las medidas de seguridad predelictivas parecen teóricamente convincentes en lo respecta a los mecanismos de prevención delictiva; sin embargo, considero desacertada la aplicación de un sistema de medidas de seguridad basado en la peligrosidad social del sujeto, ya que este tipo de peligrosidad nos conduce a prácticas de antigua usanza que carecían de legalidad, proporcionalidad e incluso manifestaban inseguridad jurídica al ciudadano, máxime si se trataba de individuos asociales, tales como los gitanos, vagabundos, ebrios habituales, etc. Por estas razones, las medidas de seguridad predelictivas no deben formar parte del moderno Derecho Penal del acto.

XV

Tradicionalmente, los sistemas que han regulado la imposición de penas y medidas de seguridad son el monismo y el dualismo. El primero -en su versión inicial- intentó sustituir la pena por la medida de seguridad, sustituyendo también el fundamento de la culpabilidad por el de la peligrosidad. Posteriormente, el dualismo rígido estableció un sistema de penas más medidas, lo que -al igual que las medidas inocuizadoras- suponía vulneración de ciertas garantías. Finalmente, se estableció el dualismo flexible basado en el llamado "sistema vicarial", el cual permite combinar la aplicación de penas y medidas de seguridad, lo que me parece un criterio plausible y es quizá el mejor sistema de penas y medidas de seguridad que puede adoptar un Derecho Penal del hecho, respetuoso de los principios constitucionales más elementales en todo Estado social y de Derecho.

XVI

Algunos sectores optan por el establecimiento de un sistema *neo monista*, en donde se admite la existencia de penas y medidas de seguridad, pero se establece que ambas instituciones son semejantes en tanto suponen sanciones con idéntico contenido y finalidad, razón por la cual se habla de un "fraude de etiquetas". Desde mi punto de vista, si bien las medidas de seguridad también constituyen sanciones aplicables en virtud de la comisión de un delito, no tienen el mismo contenido que las penas, ya que en la mayoría de los casos se trata de mecanismos terapéuticos y profilácticos más especializados en virtud del padecimiento de cada sujeto. Por esta razón, podemos considerar que las medidas de seguridad también constituyen un beneficio.

XVII

Con relación a la finalidad, debemos recordar que las medidas de seguridad se orientan a la prevención especial más que a la prevención general, por lo que en este aspecto las penas y las medidas de seguridad difieren aunque sea levemente. Así pues, es preferible el establecimiento de un sistema de penas y medidas de seguridad que de forma diferenciada -esto es, fundamento, finalidad, contenido- regulen la figura aplicable a cada sujeto en virtud de sus características.

XVIII

Con relación al procedimiento aplicable para la imposición de medidas de seguridad, considero que es indispensable la celebración de un juicio oral y público con todas las garantías del debido proceso, ya que -como hemos mencionado- las medidas de seguridad son sanciones impuestas por el estado al ciudadano con especiales características de peligrosidad delictiva de futuro, lo que conlleva a ciertas restricciones de bienes jurídicos, por lo que se hace necesaria la celebración de un proceso judicial.

BIBLIOGRAFÍA*

- AYO FERNÁNDEZ, Manuel. *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias: manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*. Aranzadi. Pamplona, 1997.
- BARREIRO, Agustín Jorge. "Introducción al título IV del libro I, De las medidas de seguridad", en: *Comentarios al Código Penal*. TOMO IV, artículos 95 al 137. COBO DEL ROSAL, Manuel (Director). EDERSA. Madrid, 2000.

* La letra en *cursiva* se corresponde con las notas de referencia utilizadas a lo largo de este trabajo de investigación.

–“Medidas de seguridad”, en: *Enciclopedia Penal Básica*. LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel (Director). Comares. Granada, 2002.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 4ta edición aumentada, corregida y puesta al día por: HORMAZABAL MALAREE, Hernan. PPU. Barcelona, 1994.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal*. Parte General. 5ta edición, corregida, aumentada y actualizada. Tirant lo blanch. Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/ QUINTANAR DIEZ, Manuel. “Artículo 95”, en: *Comentarios al Código Penal*. TOMO IV, artículos 95 al 137. COBO DEL ROSAL, Manuel (Director). EDERSA. Madrid, 2000.
- GARCIA ARAN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*. Aranzadi. Pamplona, 1997.
- GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Tirant lo blanch. Valencia, 2000.
- GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. 2da edición. LA LEY. Barcelona, 1999.
- GONZALEZ RUS, Juan José. “Artículo 6”, en: *Comentarios al Código Penal*. TOMO I, artículos 1 al 18. COBO DEL ROSAL, Manuel (Director). EDERSA. Madrid, 1999.
- JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5ta edición, corregida y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002.
- LAMO RUBIO, Jaime. *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*. Bosch. Barcelona, 1997.
- LANDROVE DIAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos. Madrid, 1996.
- LANDECHO VELASCO, Carlos María. “De las medidas de seguridad”, en: *Comentarios al Código Penal*. TOMO IV, artículos 95 al 137. COBO DEL ROSAL, Manuel (Director). EDERSA. Madrid, 2000.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho penal*. Parte General. Tomo IV. Las consecuencias jurídicas del delito, el derecho penal de ejecución. Marcial Pons. Madrid, 2002.

- LUZON CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* 6ta edición conforme al Código Penal de 1995. DYKINSON. Madrid, 2002.
- LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I.* Editorial Hispamer. Managua, 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Civitas. Madrid, 1996.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. "Peligrosidad criminal: Análisis del concepto, origen, evolución y significación actual", en: *Peligrosidad Criminal y medidas de seguridad.* OÑA NAVARRO, Juan Manuel (Coordinador). Almería, 1999.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* 5ta edición. Reppertor. Barceloma, 1998.
 – *Derecho Penal. Parte General.* 6ta edición, Reppertor, Barcelona, 2002.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito.* Tecnos, Madrid, 1991.
 – *Curso de Derecho Penal Español.* Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
 – *Derecho Penal. Parte General.* 5ta edición, revisada y puesta al día. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Tomo II, volumen I.* Bosch. Barcelona, 2000.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel/ POLAINO- ORTS, Miguel. *Medidas de seguridad <<inocuidadoras>> para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad,* en: *Actualidad Penal.* No. 38, semana del 15 al 21 de octubre de 2001. MANZANARES SAMANIEGO, Luis (Director).
- POZA CISNEROS, María. *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal.* Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* 3era edición. Aranzadi. Navarra, 2002.

- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas: LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESAL, Javier. CIVITAS. Madrid, 1997.
- SANTOS REQUENA, Agustín Alejandro. *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*. Comares. Granada, 2001.
- SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. "De las medidas de seguridad", en: *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I, artículos del 1 al 233*. VIVES ANTÓN, Tomás (Coordinador). Tirant lo blanch. Valencia, 1996.
- SIERRA LOPEZ, María del Valle. *Las medidas de seguridad en el nuevo código penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 1997.
- VIVES ANTÓN, Tomás. "Comentario al artículo 6", en: *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I, artículos del 1 al 233*. VIVES ANTÓN, Tomás (Coordinador). Tirant lo blanch. Valencia, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires, 2000.
- ZUGALDIA ESPINAR y otros. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo blanch. Valencia, 2002.

