

LA CUSTODIA DE SEGURIDAD. ¿ES VIABLE SU ENCAJE CONSTITUCIONAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?

Gema Martínez Mora

Juez sustituto. Doctora en Derecho

EXTRACTO

El tratamiento penal del delincuente peligroso es uno de los mayores problemas de la política criminal de los Estados desde la Antigüedad. El binomio pena-medida de seguridad como sistema de reacción frente al delito encuentra numerosos detractores, en el caso de las medidas de seguridad pospenales, es decir, aquellas cuya aplicación comienza una vez la pena ha sido cumplida, al considerar que estas vulneran los mandatos constitucionales, recogidos en el artículo 25.1 y 25.2 de la CE. La denominada custodia de seguridad, paradigma de este tipo de medidas pospenales, ha sido acogida en ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno como Alemania, e incluida en el anteproyecto de reforma de Ley Orgánica del Código Penal español en el año 2013. El análisis y estudio de la misma conforme a nuestro marco constitucional es el objeto del presente artículo.

Palabras claves: custodia de seguridad, constitucionalidad, principios, proporcionalidad, derecho comparado y peligrosidad.

Fecha de entrada: 31-12-2014 / Fecha de aceptación: 30-01-2015

THE CUSTODY OF SECURITY. YOUR CONSTITUTIONAL LACE IS VIABLE IN OUR LEGAL SYSTEM?

Gema Martínez Mora

ABSTRACT

The criminal treatment of dangerous offenders is one of the biggest problems of the criminal policy of the States since ancient times. The penalty binomial - safety measure as reaction to the crime system finds numerous detractors, in the case of the postpenales security measures, *i. e.* those whose implementation starts once the penalty has been fulfilled, to consider that these violate constitutional, listed in article 25.1 and 25.2 mandates CE. The so-called custody of security, paradigm of such postpenales measures, has been accepted in legal systems of countries such as Germany, and included in the preliminary draft organic law of the Spanish penal code reform in 2013. Analysis and study in accordance with our constitutional framework is the subject of this article.

Keywords: custody of security, constitutionality, principles, proportionality, comparative law and endangerment.

Sumario

1. Planteamiento
2. Precedente legislativo: la experiencia alemana
 - 2.1. La custodia de seguridad ordinaria
 - 2.2. La reserva de custodia de seguridad
 - 2.3. La custodia de seguridad posterior
3. Derecho español. Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
 - 3.1. Requisitos de aplicación
 - 3.2. Posiciones doctrinales
4. Conclusiones

Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO

A partir de los postulados de la Escuela Positiva, se concluye que la pena no es, o no puede ser, la única reacción frente al delito, sino que también es necesaria la aplicación de otras consecuencias jurídicas, como es el caso de las medidas de seguridad. Así, las medidas de seguridad aparecen como sistema de reacción frente al delito ante la constatación de las insuficiencias de la pena basada en la culpabilidad con el fin de colmar las exigencias preventivas del Derecho penal, pues la duración limitada de la pena y las circunstancias que rodean la ejecución penitenciaria frecuentemente impedirían desarrollar eficazmente el tratamiento médico, pedagógico y terapéutico que precisa el sujeto sin capacidad de culpabilidad o con culpabilidad limitada¹. Efectivamente, se observa² que la pena es insuficiente para reaccionar adecuadamente frente a: personas que no han cometido todavía un hecho previsto por la ley como delito pero que, sin embargo, es sumamente probable que lo puedan cometer de forma inmediata, personas que han realizado un hecho previsto en la ley como delito, pero de forma no culpable, y por último, frente a personas culpables y peligrosas.

Y será el sistema seguido por la gran mayoría de los Derechos penales del continente europeo³. Por ello, este sistema dualista o de doble vía concibe dos instrumentos diferenciados frente al delito⁴:

- a) La pena. Se concibe como un castigo fundamentado en la culpabilidad del autor. Su esencia es retributiva, pero también está orientada hacia fines de prevención general y prevención especial.
- b) La medida de seguridad. Se configura como una privación de bienes jurídicos fundamentada en la peligrosidad del autor. Su esencia es preventiva y está orientada hacia fines de prevención especial.

En este sentido, BACIGALUPO⁵ señala la ineficacia de sancionar conductas de sujetos culpables y peligrosos (especialmente en los delitos sexuales) con penas agravadas, pues difícilmente

¹ JESCHECK, H.-H.: *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Manzanera Samaniego, Granada: Comares, 1993, pág. 74, y JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997 (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo del original *Sttrafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, 1991), págs. 9 a 19.

² ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de derecho penal. Las Teorías de la pena y de la ley penal*, Universidad de Granada 1991, págs. 137 y 138.

³ Sobre esta materia, véase BACIGALUPO, E., en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.) y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, tomo I (arts. 1 al 108), Barcelona: Bosch, 2007, pág. 37.

⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, págs. 138 y 139.

⁵ *Ibidem*.

la pena agravada puede cubrir todas las necesidades preventivas que en estos autores, por regla general, se extienden más allá del tiempo que dura la pena. Por eso, entiende que puede ser necesario que la medida sea ejecutada después de la ejecución de la pena si no se quiere frustrar completamente su función preventiva especial. Añade que es indudable que si la medida debe operar previniendo la repetición de los hechos, lo que quiere decir también protegiendo a las víctimas potenciales de una tendencia interna del autor que este no puede controlar, su ejecución debe ser reservada para el momento en el que el condenado pueda repetir los mismos.

SANZ MORÁN⁶ sostiene que la respuesta penal frente a la criminalidad habitual violenta de carácter grave es absolutamente deficitaria. Frente a esta clase de delincuentes, la pena se muestra como un mecanismo insuficiente pues la reinserción del «delincuente por convicción» no es frecuente, y sin embargo persiste en ellos una alta peligrosidad que hace deseable la complementación de la respuesta penal con el recurso a las medidas de seguridad.

La comunidad internacional, desde hace algunos años, ha sostenido la preocupación constante por la libertad-seguridad de sus sociedades, debido no solo a las amenazas terroristas, sino a otros ámbitos que también crean gran alarma social, como son el de los delitos violentos, el de los delitos sexuales y el de la reincidencia⁷. Ante este riesgo, algunos países de nuestro entorno han acudido ya a otros mecanismos distintos de los ya existentes que pretenden actuar de correctivo a la situación descrita, y que permitan compatibilizar la legítima aspiración de seguridad con las garantías constitucionales de las que debemos disfrutar todos, incluidos los infractores del ordenamiento. La salvaguarda de estas últimas, especialmente las vinculadas al principio de legalidad, no es fácil, porque el punto de partida es una categoría, la peligrosidad criminal, que se basa en un pronóstico incierto por definición sobre la probabilidad de que un sujeto vuelva a cometer un delito, teniendo el ya perpetrado un valor meramente indiciario, por lo que se encuentra su justificación no únicamente desde el prisma de la seguridad, sino resaltando en ellas su finalidad no punitiva de prevención especial, por mucho que haya privación de libertad, y de complemento a unas penas más preocupadas en la retribución que en una reinserción a la que ahora se apela.

En España, cuando el sujeto que comete un delito es inimputable, el ordenamiento recurre a las medidas de seguridad y en último término a la incapacitación civil y consiguiente internamiento; en supuestos de semimputabilidad se acumulan medida y pena de forma compensada y si el sujeto es imputable, la única respuesta es la pena, que, ligada a la culpabilidad, no asegura, como tampoco lo hace en el caso anterior, el final de la peligrosidad una vez cumplida la condena.

Quizás la más paradigmática de este tipo de medidas posdelictuales es la llamada custodia de seguridad, recogida en el ordenamiento penal alemán (arts. 66 y 67 StGB).

⁶ SANZ MORAN, Á.: «Consideraciones al proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 15, 2001, pág. 12.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a: *El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pág. 699 y ss.

2. PRECEDENTE LEGISLATIVO: LA EXPERIENCIA ALEMANA

Los antecedentes de la custodia de seguridad hay que buscarlos en los proyectos de Código Penal elaborados durante la República de Weimar. La custodia de seguridad se introduce en el Derecho alemán en 1933. Según MUÑOZ CONDE⁸, una de las aportaciones más significativas de tales proyectos fue la regulación unitaria de las medidas de seguridad posdelictuales, entronizando un sistema dualista o de doble reacción sancionatoria: frente al autor del delito culpable, la consecuencia principal es la pena; frente al autor del delito, culpable o no, pero peligroso, la medida de seguridad, aplicada conjuntamente o como sustitutivo de la pena. Este sistema de medidas de seguridad se convierte en Derecho vigente con la Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de aseguramiento y corrección de 24 de noviembre de 1933, que las introdujo en el Código Penal alemán (StGB). Desde ese momento, la custodia de seguridad se convirtió en la primera medida de corrección y aseguramiento de la historia del Derecho penal alemán que no se fundamentaba en aspectos de carácter médico-psiquiátrico⁹.

La custodia de seguridad se configura como una medida de seguridad privativa de libertad, que se cumple después de la pena y no antes de ella. Consiste en una privación de libertad del sometido a la medida, indicando el artículo 129 de la Ley Penitenciaria alemana que el sujeto debe ser custodiado para proteger a la colectividad, si bien añade que durante ella se le debe ayudar a incorporarse a la vida en libertad. Regula así la custodia de seguridad orientadora para los condenados a una pena privativa de libertad de al menos seis meses por la comisión de un delito para el que la ley prevea específicamente esta medida, fundamentada a tenor del artículo 66.3 del StGB en el pronóstico de peligrosidad de los mismos, tras el cumplimiento de la pena¹⁰. En la custodia de seguridad late la idea de que la peligrosidad del sujeto para la colectividad excede, en cada caso concreto, tanto de la culpabilidad por el hecho cometido como de la pena que resulta del mismo, lo que obliga a mantener a ese sujeto privado de libertad más allá incluso del cumplimiento efectivo de una pena de prisión¹¹.

La custodia de seguridad es así una forma de libertad vigilada que exige la designación judicial de un establecimiento de vigilancia y un asistente de vigilancia, que tendrá por función supervisar la conducta del condenado y el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones que le han sido impuestas, por el tribunal sentenciador, consistentes entre otras en la prohibición de alojar a determinadas personas, no acercarse a determinado lugar, no desempeñar de-

⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacional-socialismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, págs. 39 y 40.

⁹ CANO PAÑOS, M. Á.: «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho Penal alemán», *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª época, Cesej, n.º 91, 2007, pág. 208.

¹⁰ GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *La nueva medida de seguridad postdelictual. Postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los controles telemáticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 147.

¹¹ CANO PAÑOS, M. A.: *El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad...*, op. cit., pág. 206.

terminadas actividades, o la obligación de presentarse al ente de vigilancia o ante otra entidad oficial y comunicar los cambios de residencia o trabajo. Dicha medida podrá ser impuesta con una duración mínima de dos años y máximo de cinco, a los condenados por delitos sexuales, de lesiones, contra la libertad de las personas, robo y extorsión, blanqueo y receptación y contra la seguridad colectiva¹².

Actualmente, el Código Penal alemán recoge distintos supuestos de custodia de seguridad. Así, cabe distinguir entre:

- Custodia de seguridad ordinaria. Se regula en el párrafo 66 del StGB.
- Reserva de custodia de seguridad. Se recoge en el párrafo 66a del StGB.
- Custodia de seguridad posterior. Se regula en el párrafo 66b del StGB.

2.1. LA CUSTODIA DE SEGURIDAD ORDINARIA

Es la custodia de seguridad que ha existido tradicionalmente en el Derecho alemán. Cabe distinguir dos grandes supuestos: la custodia de seguridad preceptiva, que se destina a sujetos con antecedentes penales previos¹³, y la custodia de seguridad facultativa, que se destina a sujetos que han cometido tres delitos dolosos y son condenados por uno o varios de ellos a una pena de tres años o más, no exigiendo la existencia de condenas previas ni la estancia previa en prisión.

No obstante, cualquiera de los supuestos de custodia de seguridad ordinaria expuestos guarda en común un cauce procedimental para su aplicación; así, una vez acordada en sentencia, se inicia el cumplimiento de la pena impuesta. Cuando se acerca el momento final de cumplimiento de la pena se procede a valorar la situación del interno, realizando un nuevo pronóstico de comportamiento del sujeto, y se decide si el interno queda en situación de libertad condicional o se mantiene la medida de custodia, iniciándose su cumplimiento cuya duración, que se regula en el párrafo 67d III del StGB, no podrá exceder en principio de 10 años¹⁴.

¹² GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada*, op. cit., pág. 150.

¹³ Para su aplicación se exige la concurrencia del fundamento material antes descrito. Y además deben concurrir todos los presupuestos formales que el párrafo exige. De manera que el Tribunal ordenará la custodia de seguridad cuando: el autor haya sido condenado a una pena de por lo menos dos años de prisión por un hecho doloso (hecho nuevo), y hubiera sido condenado con anterioridad en dos ocasiones a una pena de por lo menos un año de prisión por hechos dolosos y asimismo que el autor de ese nuevo hecho ya hubiera cumplido dos años de prisión antes de cometerlo. En ENCINAR DEL POZO, M. Á.: «Las medidas de seguridad postdelictuales: Nuevas orientaciones. Análisis especial de la Custodia de seguridad», en *El juez de vigilancia penitenciaria y las medidas de seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pág. 34.

¹⁴ El legislador continúa previendo que tras 10 años de internamiento en detención de seguridad, el tribunal puede prolongar la misma si existe peligro de que la persona internada cometa en razón de sus inclinaciones infracciones serias

2.2. LA RESERVA DE CUSTODIA DE SEGURIDAD

Se recoge en el párrafo 66a del StGB que se introdujo por medio de la Ley de introducción de la reserva en la imposición de la custodia de seguridad, de 21 de agosto de 2002. Es una norma complementaria del párrafo 66 III del StGB, ya que recoge el siguiente supuesto: si en el momento de dictar sentencia no se puede determinar con suficiente seguridad si el sujeto es realmente peligroso o no, cabe hacer una reserva de la custodia de seguridad en la misma sentencia, de manera que se establezca posteriormente durante la ejecución de la pena a través de un procedimiento autónomo.

Con esta reforma se pretendía paliar una deficiencia del sistema. Con la regulación existente hasta el año 2002, si la propensión o tendencia del autor no podía ser pronosticada con seguridad en el momento de dictar sentencia, no era posible imponer una medida de custodia de seguridad posterior; de manera que si esa propensión o tendencia se ponía de manifiesto durante el ejecución de la pena de prisión, ese sujeto eventualmente peligroso debía ser en todo caso puesto en libertad tras cumplir la pena de prisión correspondiente¹⁵. Tras la reforma es posible imponer una custodia de seguridad después de la sentencia y antes de que se produzca la puesta en libertad del condenado.

2.3. LA CUSTODIA DE SEGURIDAD POSTERIOR

Se trata de otra modalidad de custodia de seguridad, cuyo fundamento es la protección de la colectividad frente a aquellos sujetos condenados cuya peligrosidad aparece durante la ejecución de la condena. Se regula en el párrafo 66b del StGB. Esta modalidad se añadió al ordenamiento alemán mediante la Ley de introducción de la imposición posterior de la custodia de seguridad de 23 de julio de 2004.

Hasta ese momento era posible imponer una custodia de seguridad bien porque lo estableciera la misma sentencia o bien porque en esta se reservara la facultad de imponerla en un momento posterior. Con esta nueva modalidad es posible imponer una custodia de seguridad aunque no se imponga en sentencia ni en ella se efectúe la reserva citada. Esto es, cabe imponer la custodia a sujetos ya condenados, cuando en la sentencia de condena nada se decía sobre ella. Con la reforma citada, el legislador decidió aplicar la imposición posterior de la custodia de seguridad a aquellos sujetos que habían sido condenados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo párrafo 66b del StGB, sin que el pronunciamiento condenatorio hubiera hecho referencia alguna a una custodia de seguridad.

causantes de graves daños psíquicos y físicos a las víctimas. Véase REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: «Peligrosidad criminal y Constitución», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2008, págs 4, 5 y 6.

¹⁵ Véase CANO PAÑOS, M. A.: *El marco jurídico...*, *óp. cit.*, págs. 226 y 227.

3. DERECHO ESPAÑOL. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

En julio de 2012 se hizo público por el grupo parlamentario del Partido Popular el «Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», en el que dando cumplimiento a lo prometido en su campaña electoral, se prevé la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la custodia de seguridad, en el apartado de las medidas de seguridad, llevando así a cabo, según el Anteproyecto¹⁶, una profunda reforma de las medidas de seguridad en un doble sentido: se desarrolla de un modo coherente el principio conforme al cual el fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor; y se culmina la evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales.

El anteproyecto justifica la introducción de dicha medida abandonando la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido, afirmando que las medidas de seguridad deben ser proporcionadas, no solo a la gravedad del hecho delictivo cometido, sino también a la de aquellos que se prevea que pudiera llegar a cometer y, por tanto, a su peligrosidad. Sostiene así el legislador que la pena tiene como fundamento la culpabilidad por el hecho, mientras que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad del autor. Por esta razón, todos los delitos tienen o deberían tener como consecuencia una pena ajustada a la culpabilidad por el hecho, mientras que las medidas de seguridad solamente son necesarias cuando exista una peligrosidad relevante. Esta diferenciación entre pena y medida de seguridad permite que ambas puedan ser impuestas conjuntamente sin que se produzca una infracción del principio *non bis in idem*, en aquellos casos en los que la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho no es suficiente para compensar la peligrosidad del autor.

3.1. REQUISITOS DE APLICACIÓN

Señala el Anteproyecto que esta medida de seguridad podrá ser impuesta únicamente en supuestos excepcionales de reiteración de la comisión de delitos de especial gravedad y constatación de la elevada peligrosidad del sujeto, y deberá ser cumplida con posterioridad a la pena de prisión que haya sido impuesta por el delito cometido¹⁷.

¹⁶ Véase Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, pág. 9 a 13, www.mjusticia.gob, visitada última vez el 15 de noviembre de 2014.

¹⁷ Concretamente establece como requisitos para la imposición de la misma que el sujeto sea condenado por alguno de los delitos de especial gravedad incluidos en la ley, o por varios, a una pena de más de tres años de prisión hubiera sido ya anteriormente condenado por delitos de esta naturaleza y hubiera cumplido una estancia mínima en prisión; o a una pena mínima de dos años, y en caso de delitos de terrorismo a una pena de 5 años, y en todos los casos se constata su elevada peligrosidad, derivado de la valoración conjunta de las circunstancias personales del penado, de los

Respecto a la ejecución de la medida de seguridad posdelictual de custodia de seguridad, el Anteproyecto de reforma dispone que una vez impuesta por el tribunal sentenciador, existirá una revisión judicial periódica, como ya está previsto actualmente con carácter general para las medidas de seguridad. Por lo que, si bien la custodia de seguridad tendrá una duración máxima de 10 años, deberá ser alzada tan pronto desaparezca la causa que hizo necesaria su imposición (peligrosidad).

El artículo 101.6 de la ACP dispone a este respecto que «La custodia de seguridad tendrá una duración de diez años. Transcurrido este plazo, la medida quedará extinguida y se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años».

Así, cuando se hubiera impuesto una medida de seguridad privativa de libertad, como la custodia de seguridad, el alzamiento en su momento de la medida iría acompañado de la imposición de una medida de libertad vigilada.

En estos casos, el penado deberá cumplir, en primer lugar, la pena impuesta. Y, una vez que la haya extinguido, cumplirá la medida de seguridad impuesta, salvo que durante la ejecución de la pena se hubiera confirmado la falta de necesidad de la misma. Por último, en materia de ejecución de la custodia de seguridad el Anteproyecto dispone, conforme al artículo 101.4 de la ACP: «La custodia de seguridad se cumplirá en un establecimiento especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del sometido a la medida.

También podrá ser cumplida en establecimientos de cumplimiento de penas cuando ello resulte necesario o conveniente para favorecer su reinserción social».

3.2. POSICIONES DOCTRINALES

La custodia de seguridad se configuró en el Anteproyecto como nueva medida de seguridad posdelictual, generando, al igual que la pena de prisión permanente revisable, posiciones doctrinales encontradas, y duras críticas tal y como ya adelanta el preámbulo del Anteproyecto, pues resulta evidente que las medidas de seguridad no tienen como fundamento la responsabilidad del autor de un delito, sino su peligrosidad, y existen delincuentes responsables que deben recibir una pena y que además son peligrosos, lo que para algunos sí justifica o puede justificar una posterior medida de seguridad, y para otros sectores doctrinales implica una clara vulneración del principio *non bis in idem* previsto en el artículo 25.1 de la Constitución.

Así, el Informe sobre el Anteproyecto de reforma por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, emitido por la Comisión de Estudios e Informes

delitos cometidos por él y de las circunstancias concurrentes en los mismos que pongan de manifiesto su tendencia a la comisión de esos delitos (art. 101, 101.1, 101.1.2 y 102 de la ACP).

del Consejo General del Poder Judicial¹⁸, señala la existencia de críticas, observaciones y recomendaciones de los diversos organismos internacionales, respecto a la custodia de seguridad, lo que permite poner en entredicho la oportunidad de introducir en nuestro derecho esta tan denostada figura, cuya constitucionalidad resulta más que comprometida, pues aun cuando se llame medida, no deja de ser una consecuencia penal privativa de libertad, que incluso puede cumplirse en establecimientos de cumplimiento de penas –como así lo dice el art. 101.4– con una duración de hasta 10 años. Observa este informe, que como ya advirtió la STC 21/1987, que «el principio non bis in ídem, enlazado con los principios de legalidad y tipicidad, impide la concurrencia de penas y medidas de seguridad sobre hechos típicos igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlos diciendo que en un caso se sanciona la "culpabilidad" y en otro la "peligrosidad"».

Entre las principales críticas recibidas, el referido informe destaca no ya las arrojadas por un amplio sector doctrinal, sino las emitidas por parte de numerosos organismos internacionales, como el Comité europeo para la prevención de la tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes (CPT) y el Grupo de trabajo sobre detenciones arbitrarias de Naciones Unidas¹⁹, y asimismo por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la custodia de seguridad aplicada en Alemania, a partir de la Sentencia de 17 de diciembre

¹⁸ Informe sobre el Anteproyecto de reforma por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consejo General del Poder Judicial. Comisión de Estudios e Informes de 8 de enero de 2013, pág. 126 a 135, www.poderjudicial.es

¹⁹ Así, el Comité europeo para la prevención de la tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes (CPT), a partir de las visitas giradas a la prisión alemana Berlín-Tegel del 20 de noviembre al 2 de diciembre de 2005, y de observar las condiciones de internamiento de los allí detenidos en ejecución de una orden de custodia de seguridad, emitió un rotundo informe que hizo llegar al Gobierno alemán, centrándose en la necesidad de revisar el planteamiento con que está diseñado el tratamiento de los internos sujetos a custodia de seguridad, con carácter de urgencia y al más alto nivel, ya que los apoyos y ayudas psicológicas son seriamente inadecuados, debiéndose establecer equipos multidisciplinares de expertos que trabajen intensamente con los internos sobre bases individuales, en un marco coherente dirigido a su progresiva puesta en libertad.

En octubre de 2006, el comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa hizo un llamamiento a las autoridades competentes para ser extremadamente cautos a la hora de aplicar la custodia de seguridad y animó a evaluar previamente la posibilidad de aplicar otras medidas alternativas, de contenido y efectos menos aflictivos.

Véase el texto en inglés conteniendo las observaciones preliminares y las recomendaciones redactados por el Grupo de Trabajo de la ONU (con traducción propia), la página web de UNO, en internet, en el que el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas visitó Alemania del 26 de septiembre al 5 de octubre de 2011 prestando especial atención a la custodia de seguridad allí aplicada, resaltando su preocupación por la aplicación retroactiva de la normativa penal en estos supuestos, en clara infracción del artículo 11.2 de la Declaración Universal que establece que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional, y que tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, regla que repite en sus mismos términos el artículo 15.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. La reprobación por parte de los expertos de la ONU de los métodos de detención preventiva en Alemania derivados de la aplicación del artículo 66 del CP fue clara y terminante. Tras los contactos, el Grupo de Trabajo emitió un comunicado, previo al informe definitivo pendiente de presentar ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, instando a las autoridades germanas a «asegurar que su marco institucional y legal relativo a la privación de libertad cumpla plenamente los estándares de derechos humanos contemplados en las leyes [alemanas] y los tratados internacionales».

de 2009 (M. contra Alemania), en la que por unanimidad se declaró contraria al derecho comunitario la custodia aplicada retroactivamente al demandante, por violación de los artículos 5.11 y 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 17 de diciembre de 2009, caso M. contra Alemania, señala que aunque el apartado c) del artículo 5.1 del Convenio prevé la legítima privación de libertad de un sujeto «si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho (...) cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción...», ello no autoriza a juicio del tribunal la persecución genérica de personas peligrosas, sino solo la de una determinada persona para que no cometa «una infracción también determinada». La STEDH señala que el artículo 5.1 a) del Convenio prevé la legitimidad de la privación de libertad únicamente si tiene como antecedente «una sentencia dictada por un Tribunal competente», y entiende que no existía esa relación de causalidad entre la condena de 1986 y la prolongación de la custodia de seguridad en 2001, porque esta última no habría tenido lugar sin una reforma legal realizada en 1998, que en este caso se aplicaba retroactivamente en contra del reo. Lo que lleva a concluir al TEDH, yendo más allá de las apariencias, que la custodia de seguridad contemplada en el Código Penal alemán ha de ser calificada como pena a los efectos del artículo 7.1 de la Convención²⁰.

Este pronunciamiento ha sido reiterado hasta en tres nuevas sentencias del TEDH²¹.

Según MUÑOZ CONDE²², la introducción de la nueva medida de custodia de seguridad vulneraría el principio *non bis in idem*, así como la doctrina constitucional en materia de medidas de seguridad, que ha venido exigiendo para la aplicación de las mismas, no solo que las medidas de seguridad estén sujetas al principio de legalidad en los términos del artículo 25.1 y que la aplicación de las mismas se vea rodeada de las mismas garantías que rigen para las penas, sino, y lo más importante, que en caso de concurrencia de pena y medida de seguridad, como formas de reacción al delito, ha de apostarse por el sistema vicarial, que cumple con el objetivo de evitar que la duración de la pena y de la medida se sumen, incrementando la afflictividad de la privación de libertad, al ejecutarse ambas sanciones de forma sucesiva comenzando por la medida y computando su tiempo de cumplimiento como de ejecución de la pena. La integración de la pena y la medida de seguridad permite no quebrantar el principio *ne bis in idem* ya que, de aplicarse acumulativamente, se sancionarían de nuevo «desde la misma perspectiva de defensa social unos hechos ya sancionados» (STC de 27 de noviembre de 1985).

²⁰ Artículo 7. «No hay pena sin ley, 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas».

²¹ Las tres sentencias son de 13 de enero de 2011: Kallweit C. Alemania, Mautes, C. y Schummer C. Alemania.

²² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch. 2010, págs. 585 y ss.

En idéntico sentido la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, en el Informe sobre el Anteproyecto de reforma del Código Penal²³, no estima adecuada la introducción de la medida de seguridad de custodia de seguridad, teniendo serias dudas sobre la constitucionalidad de su regulación, al considerarla imprecisa e indefinida, previéndose la posibilidad de su cumplimiento tras el cumplimiento de la pena, lo que rompe, mediante lo que la doctrina denomina fraude de etiquetas, con el derecho penal de la culpabilidad por el hecho cometido y las limitaciones que identifican el estado democrático de Derecho (principio de legalidad y principio de proporcionalidad, entre otros). Apuntan asimismo a la posible vulneración del principio *non bis in idem* toda vez que la previsión de que la custodia de seguridad se cumpla en los establecimientos de cumplimiento de las penas de prisión, es decir, en las prisiones²⁴, significa una prórroga encubierta del cumplimiento de la pena en prisión, una vez cumplida la pena impuesta.

En otro extremo del debate, se encuentran los partidarios de dar solución al problema que existe en el ordenamiento actual para dar una respuesta proporcional a la actuación de sujetos que cometen, con cierta habitualidad, delitos de gravedad por motivaciones ideológicas y que carecen de cualquier atisbo de arrepentimiento e intención de reinserción y rehabilitación social. Esto es, el problema que plantea el llamado «delincuente por convicción». Sectores doctrinales ya han puesto de manifiesto esta circunstancia razonando que una vez abolida (afortunadamente, sin duda) la pena de muerte, no se ha creado ningún nuevo resorte jurídico penal para responder eficazmente frente a este tipo de conductas²⁵.

ENCINAR DEL POZO²⁶ considera que el desarrollo judicial, político y social de recientes supuestos sobradamente conocidos y que han sido objeto, algunos de ellos, de resolución por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo²⁷, busca soluciones *ad hoc* para salir al paso de la clamorosa falta de previsión legislativa en relación con un problema central de política criminal, cual es el del tratamiento sancionatorio adecuado del delincuente habitual peligroso de crimina-

²³ Informe sobre el Anteproyecto de reforma por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consejo General del Poder Judicial. Comisión de Estudios e Informes de 8 de enero de 2013, págs. 126 a 135.

²⁴ El artículo 102.4 del Anteproyecto prevé expresamente que la custodia de seguridad, que se establece para sujetos imputables o seminimputables, se cumpla en un establecimiento especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del cometido a la medida, añadiendo que «También podrá ser cumplida en establecimientos de cumplimiento de penas cuando ello resulte necesario o conveniente para favorecer su reinserción social».

²⁵ ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.: «La "nueva" refundición o acumulación de condenas: el olvido lamentable del principio de legalidad», *Cuadernos de Política Criminal*, Cesej, n.º 86, 2006, pág. 150.

²⁶ ENCINAR DEL POZO, M. Á.: «El Juez de vigilancia penitenciaria y las medidas de seguridad», en *Las medidas de seguridad postdelictuales. Nuevas orientaciones. Análisis especial de la Custodia de Seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, 2007, pág. 28 y 29.

²⁷ Véase Sentencias del Pleno de la Sala de lo Penal, n.º 149/2007 (NCJ053545), de 26 de febrero, y n.º 197/2006, de 28 de febrero (aunque en menor medida en este segundo supuesto, ya que no se trata tanto de la aplicación de una medida de seguridad posterior a la pena sino de la determinación del límite de la pena).

lidad media y grave, categoría a la que se adscriben también los miembros de las organizaciones terroristas²⁸. Apunta este autor, y respecto a la posible vulneración del principio *non bis in idem* con la implantación de la custodia de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico, que pena y medida de seguridad no son la misma consecuencia ni tienen el mismo fundamento, por lo que aceptando este punto de partida, entonces también podríamos aceptar que no se produce la citada vulneración, ya que la medida de seguridad no es un castigo, como sí es la pena, y por tanto no se produce la doble punición puesto que la custodia de seguridad no pretende ser un mal punitivo. En este sentido, VIVES ANTÓN²⁹ entiende que no es correcto considerar que la imposición de una pena y una medida de seguridad supone la vulneración de tal principio, toda vez que las medidas de seguridad no responden al hecho cometido ni en consecuencia a la culpabilidad de ese hecho, sino a la probable delincuencia futura. En consecuencia, la imposición de una pena, por un lado, y de una medida, por otro, no parece vulnerar *prima facie* el principio de *non bis in idem*, porque no se fundamentan sobre «lo mismo». De esta manera, cuando la pena exprese la total reprobación del hecho por parte del ordenamiento jurídico, no se puede además imponer una medida de seguridad. Pero no siempre será constitucionalmente ilegítima la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad; lo será cuando la pena exprese por sí sola la total reprobación que el ordenamiento proyecta sobre el hecho, y la medida suponga, por consiguiente, solo una ilegítima desaprobación de la personalidad del autor.

En este sentido, GRACIA MARTÍN, citando a FRISCH, señala que ni siquiera en el caso de la custodia de seguridad se vulnera el principio de *non bis in idem*, indicando que «para el caso particular de la custodia de seguridad contra delincuentes habituales peligrosos que hayan sido condenados anteriormente a penas, no puede afirmarse tampoco ni siquiera ahí que la aplicación de la medida después de la pena suponga una doble punición, pues la custodia de seguridad, en tal caso, no se aplica como mal de carácter penal»³⁰.

Concretamente y en relación con la regulación contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de octubre 2011, la custodia de seguridad, juristas como Dorado Picón y Espejel Jorquera³¹ se muestran partidarios de la incorporación de la mencionada medida a nuestro ordenamiento jurídico, al entender que la misma trae precedentes en el derecho alemán, y otros

²⁸ SANZ MORÁN, A.: «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 197/2006, de 28 de febrero)», *Revista de Derecho Penal* (Lex Nova), n.º 18, mayo 2006, págs. 42 y 43.

²⁹ VIVES ANTÓN, T: *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pág. 251.

³⁰ GRACIA MARTÍN, M., en GRACIA MARTÍN, M. (coord.), BOLDOVA PASAMAR, M. A. y ALASTUEY DOBÓN, M. C.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada de delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág. 373 y nota n.º 77.

³¹ Véase al respecto voto particular que formulan los/as vocales don Antonio Dorado Picón y doña Concepción Espejel Jorquera al informe elaborado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial de fecha 8 de enero de 2013, aprobado por el Pleno del CGPJ en fecha 16 de enero de 2013. pág. 9 a 13. www.poderjudicial.es

países como Francia, Austria, Italia, Dinamarca, Liechestein, San Marino y Reino Unido, habiendo sido avalada plenamente por el TEDH al considerar que la imposición conjunta de una pena, fundada en la culpabilidad del hecho, y de una medida de seguridad, que responde a la peligrosidad, no es contraria al artículo 5 del Convenio, siempre y cuando la valoración de dicha peligrosidad se efectúe con relación a los delitos cometidos y por un tribunal, exigiendo, eso sí, el TEDH que la custodia de seguridad se aplique solo a supuestos de peligrosidad relevante, concretando las condiciones de imposición de esa medida y únicamente cuando las restantes resulten ineficaces e igualmente que las condiciones de recuperación de la libertad estén sujetas a control judicial y no dependan de decisiones administrativas; estando orientadas a la preparación de vida en libertad. Afirman ambos juristas que el TEDH no ha declarado, contrario al convenio la custodia de seguridad en Alemania, ya que solo dicho tribunal rechazó dos cuestiones³²: que la custodia de seguridad prevista con carácter de perpetuidad inicialmente, por la reforma alemana, fuera aplicada retroactivamente a sujetos a los que la medida había sido impuesta bajo la vigencia de la ley anterior, y que fuera aplicada con desconexión causal de los delitos condenados, cuestiones estas que el Tribunal Constitucional alemán ha venido a corroborar, ordenando la elaboración de una nueva redacción en los términos aludidos en las referidas sentencias, pero sin cuestionar la medida misma³³.

Argumento este compartido por otros autores como ENCINAR DEL POZO³⁴, al sostener que la regulación proyectada cumple las exigencias establecidas por el TEDH (caso M. C. contra Alemania, STEDH de 17 de diciembre de 2009; y caso Haidn contra Alemania, STEDH de 11 de enero de 2011). Esto es, que la valoración de la peligrosidad se lleve a cabo por un tribunal y en relación con delitos cometidos, que se reserve para casos en que otra medida no sea eficaz y que el sometido a la misma mantenga una perspectiva de libertad.

Otros argumentos esgrimidos a favor de la custodia de seguridad se centran en afirmar que la misma no persigue la inoicuzación del delincuente, es decir, su retirada de la vida social, sino la renuncia de la sociedad a asumir ningún porcentaje de riesgo de reincidencia, siendo en todo caso plenamente compatible con el principio de proporcionalidad. Así, con carácter mayoritario, la doctrina alemana ha considerado legitimada la imposición de una medida como la custodia de seguridad.

³² Véase al respecto, caso M. C. contra Alemania, STEDH de 17 de diciembre de 2009; y caso Haidn contra Alemania, STEDH de 11 de enero de 2011.

³³ Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que una custodia de seguridad de larga duración, en casos de peligrosidad permanente, es compatible con la dignidad del hombre en la medida en que se respete la autonomía del individuo, y se oriente la ejecución penitenciaria hacia la creación de los presupuestos para una vida responsable en libertad. Dicho tribunal legitimó la «indeterminación» del plazo máximo de duración de la custodia, pero bajo la exigencia expresa de que se revise la situación periódicamente y siempre que el juicio acerca de la necesidad de subsistencia de la privación de libertad sea fundado cada vez con mayor cuidado a medida que la medida se extiende en el tiempo (Sentencia de fecha 5 de febrero de 2004, reg. 2BvR 2029/01, especialmente 106).

³⁴ ENCINAR DEL POZO, M. A: *La cara y la cruz. Custodia de seguridad en el Anteproyecto de reforma del Código Penal*, 12 de diciembre de 2012, www.legaltoday.com. Visitada última vez en noviembre de 2014.

Para JESCHECK/WEIGEND³⁵, lo característico y, a la vez, lo problemático de esta medida reside en que está destinada casi exclusivamente a una finalidad asegurativa, o lo que es lo mismo, a la simple reclusión del autor. Ello se justifica porque para la prevención de riesgos inminentes para bienes jurídicos de importancia que posean un mayor rango, también deben ser admitidas injerencias en la libertad del individuo que sean independientes de la culpabilidad. Pero, a continuación, matizan que ello no es obstáculo para que se realicen esfuerzos dirigidos a la resocialización del interno.

MAURACH³⁶ entiende que la custodia de seguridad cumple la función de asegurar a la colectividad conteniendo la peligrosidad del delincuente, de manera que es una medida justa porque se limita estrictamente a la obtención del aseguramiento y porque es admisible ya que las cargas que a ella se vinculan están relacionadas con el peligro que representa el autor. Para ROXIN³⁷ la medida de seguridad (y, por tanto, la custodia de seguridad) se justifica por la idea de ponderación de bienes, de manera que cabe la privación de libertad de un sujeto cuando el disfrute de la misma conduzca, con una elevada probabilidad, a menoscabos ajenos que, globalmente considerados, pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar a consecuencia de la medida de seguridad. Finalmente JACOBS señala que es una medida complementaria de la pena, si bien inmediatamente antes señala que cabe considerar que es una auténtica pena, y entiende que en el caso de medidas complementarias de la pena su función es principalmente el mantenimiento de la confianza de la generalidad en la norma. Si bien, también manifiesta que el uso de la custodia de seguridad es expresión del llamado «Derecho Penal del enemigo»³⁸.

Al margen de las diferentes posturas doctrinales existentes en esta materia, lo cierto es que para otorgar un completo en el estudio de la constitucionalidad de la custodia de seguridad como medida de seguridad pospenal, debe hacerse referencia al derecho comparado y concretamente a la trayectoria seguida por el derecho alemán, precursora de la introducción de la custodia de seguridad en su ordenamiento jurídico para reforzar la seguridad de la población, sin duda y a tenor de la reciente STEDH de 4 de mayo de 2011, a costa de vulnerar flagrantemente derechos fundamentales, lo que ha motivado su total derogación en el año 2013, toda vez que dicha doctrina ha

³⁵ JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada: Comares, 2002, (traducción realizada por Miguel Olmedo Cardenete del original Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlín, 1996), págs. 877.

³⁶ MAURACH, R., en MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H. y ZIPF, H.: *Derecho Penal. Parte general*, volumen II, Buenos Aires: Astrea, 1995 (traducción de Bofill Genzsch), pág. 865.

³⁷ Mantiene esta idea ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid: Civitas, 1997 (traducción realizada por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal de la obra original Srtafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Múnich, 1994), pág. 105.

³⁸ Véase JACOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1997 (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo del original Srtafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª ed., Berlín, 1991), págs. 39 a 42 y JACOBS, G., en JACOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho Penal del enemigo*, 2.ª ed., Navarra: Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 25 y 26.

llevado al propio Tribunal Constitucional alemán en sentencia de 4 de mayo de 2011 a declarar la inconstitucionalidad de parte de su legislación sobre la custodia de seguridad, considerándola lesiva de derechos fundamentales, cuya aplicación ordenó no obstante hasta que existiera una nueva legislación, a más tardar el 31 de mayo de 2013. Resulta significativo que en propio país donde la custodia de seguridad nació se venga a cuestionar la misma.

Pocos meses después, el 11 de octubre de 2012, el Grupo Popular presentó otro Anteproyecto de reforma del Código Penal³⁹, con una regulación y ámbito de aplicación considerablemente distinto, en el que se suprime la medida de custodia de seguridad. En fecha 24 de septiembre de 2014 se presentó como proyecto de ley, encontrándose pendiente de tramitación parlamentaria⁴⁰.

4. CONCLUSIONES

Actualmente el acercamiento entre pena y medida es tal que la Constitución de 1978 les atribuye idéntica función de reinserción y readaptación social del delincuente cuando tienen como contenido la privación de libertad del sujeto afectado (art. 25.2 CE y art. 1 de la Ley General Penitenciaria). Este fenómeno ha permitido a la teoría hablar de crisis del sistema de la doble vía.

Conforme a lo anterior, es posible partir de la base de que buena parte de la legitimidad de la imposición de las medidas paralelas a la pena, en un sistema de doble vía, dependerá básicamente de la superación de la concepción de que las medidas no pueden ser más graves que la culpabilidad del autor, toda vez que las penas se imponen en proporción de la culpabilidad y las medias en relación con la peligrosidad, así como de la posibilidad de estructurar un sistema normativo eficiente que permita dejar sin efecto o atenuar la medida en forma adecuada y que oriente a que la posibilidad de recuperación de la libertad sea una alternativa efectivamente realizable, es decir, un sistema que esté en condiciones de evitar que las medidas se conviertan «de hecho» en penas, toda vez que la doctrina constitucional permite concluir que los presupuestos para la imposición de una medida de seguridad son distintos que los que determinan la pena: ausente la capacidad de culpabilidad del sujeto no puede hablarse de medida adecuada a la culpabilidad por el hecho sino a la peligrosidad del delincuente.

La introducción de la figura de custodia de seguridad parece oportuna en los casos donde se constata el peligro de una reiteración de hechos delictivos, tras el cumplimiento de la condena, optando así porque las consecuencias de ese riesgo se repartan entre la colectividad (que asu-

³⁹ Informe al Anteproyecto de la Ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consejo General del Poder Judicial. Comisión de estudios e informes, 8 de enero de 2013, págs. 25 a 27. www.poderjudicial.es

⁴⁰ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (121/000065), presentado el 24 de septiembre de 2013, calificado el 1 de octubre de 2013, encontrándose pendiente del informe de la Comisión de Justicia, www.congreso.es

mirá siempre el riesgo) y el sujeto autor (que asumirá durante un lapso temporal determinado las consecuencias de ese peligro), toda vez que la realidad demuestra que una vez impuesta la pena adecuada a su culpabilidad, y ante su fracaso resocializador en determinados supuestos, no habría imponer otra consecuencia que pretendiera impedir el riesgo de comisión futura de delitos: sería la sociedad la que debería asumir todo el riesgo de tal comisión. No obstante su regulación debe adecuarse a los mandatos constitucionales.

La custodia de seguridad como opción de medida de seguridad pospenal en nuestro ordenamiento jurídico, planteada por el primer Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, como un instituto alternativo que permite estructurar y orientar en mayor medida hacia la prevención especial la reincidencia de sujetos peligrosos, podría cumplir con las exigencias constitucionales derivadas de los artículos 25.1 respecto al principio de legalidad y tipicidad; no obstante, el hecho de que el legislador omita en la regulación de esta concurrencia de penas y medidas de seguridad pospenales ambas privativas de libertad, ideas de tratamiento (médico, psicosocial asistencial) aplicable para erradicar la peligrosidad (concepto que es ya de por sí preciso, y cuya determinación debería obtenerse mediante juicio de peligrosidad tras el cumplimiento de condena a través de medio) que fundamenta la aplicación de esta medida privativa de libertad, cuyo cumplimiento se prevé también en centros penitenciarios, podría dar lugar al denominado «fraude de etiquetas», al confundir pena y medida, así como a la posible vulneración del principio *non bis in idem*, y del principio resocializador, al concurrir penas y medidas de seguridad sobre hechos típicos igualmente definidos, basándose que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en otro la «peligrosidad», pero en definitiva no justificando para la privación de libertad más allá del tiempo de condena el tratamiento especial acorde a la peligrosidad que la fundamenta, por lo que se compromete además el fin de resocialización de estas. Si mantenemos al sujeto peligroso privado de libertad una vez cumplida su condena con base en una medida de seguridad pospenal, cuyo tratamiento para la erradicación de la peligrosidad no se prevé, ¿qué fin persiguen las mismas?, ¿la inocuización del delincuente?

Es necesario que para evitar incurrir en un modelo de defensa social, que modifique nuestro sistema de intervención penal, la regulación de la custodia de seguridad precisará al detalle el concreto tratamiento aplicable al sujeto durante su efectiva privación de libertad, con base en una medida de seguridad fundamentada exclusivamente en un pronóstico de peligrosidad, para evitar comprometer la constitucionalidad resocializadora de la misma, así como una mayor concreción de los centros de custodia para el cumplimiento de la misma. Como vemos, partiendo del hecho incontrovertible de que la custodia de seguridad supone la privación de libertad de la persona, con las necesarias regulaciones de desarrollo mencionadas sería posible combinar su función asegurativa o de mera contención del individuo con una finalidad preventiva especial, con el desarrollo de un tratamiento dirigido a preparar al sujeto para la vida en libertad. Así, se daría cumplimiento, en nuestro caso, al mandato del artículo 25 de la Constitución.

En cualquier caso, y concretamente en el supuesto de la custodia de seguridad, resulta fundamental ofrecer al interno una esperanza fundada de excarcelación futura, así como de los medios para conseguirla, con un programa de intervención individualizado, con establecimiento de un calendario de permisos, asignación de la modalidad de vida prevista en el artículo 100.2

del Reglamento Penitenciario, como paso previo a la asignación del tercer grado penitenciario, que debe aparecer como un logro posible. Dentro de este, debe propiciarse la aplicación del n.º 4 del artículo 86 del Reglamento Penitenciario, que consiste en que el interno no se encuentre en prisión durante el cumplimiento de la condena, sino en su entorno familiar o comunitario, aunque sujeto a los dispositivos telemáticos u otros mecanismos adecuados de control que establezca la Administración penitenciaria. Con ello se conciliaría el cumplimiento de condena (reproche jurídico) y la consolidación de la inserción comunitaria en aquellos supuestos en los que el penado ha demostrado su clara capacidad para ello.

Bibliografía

BACIGALUPO, E., en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.) y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (coord.) [2007]: *Comentarios al Código Penal*, tomo I (arts. 1 al 108), Barcelona: Bosch, pág. 37.

CANO PAÑOS, M. Á. [2007]: «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho Penal alemán», *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª época, Cesej, n.º 91, pág. 208.

ENCINAR DEL POZO, M. Á. [2007]: «El Juez de vigilancia penitenciaria y las medidas de seguridad», en *Las medidas de seguridad postdelictuales. Nuevas orientaciones. Análisis especial de la Custodia de Seguridad*, Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial, págs. 28 y 29.

- [2007]: «Las medidas de seguridad postdelictuales: Nuevas orientaciones. Análisis especial de la «Custodia de seguridad», en *El juez de vigilancia penitenciaria y las medidas de seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, pág. 34.
- [2012]: *La cara y la cruz. Custodia de seguridad en el Anteproyecto de reforma del Código Penal*, 12 de diciembre, www.legaltoday, visitada última vez noviembre de 2014.

GRACIA MARTÍN, M., en GRACIA MARTÍN, M. (coord.), BOLDOVA PASAMAR, M. A. y ALASTUEY DOBÓN, M. C. [1996]: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada de delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 373 y nota n.º 77.

GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. [2012]: *La nueva medida de seguridad postdelictual. Postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los controles telemáticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 147.

JAKOBS, G. [2006]: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1997 (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo del original Srtarrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª ed., Berlín, 1991), págs. 39 a 42, y JAKOBS, G., en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho Penal del enemigo*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas-Aranzadi, págs. 25 y 26.

JESCHECK, H.-H. [1993]: *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Manzanares Samaniego, Granada: Comares, pág. 74, y JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997 (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo del original Srtarrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª ed. Berlín, 1991), págs. 9 a 19.

JESCHEK, H. H. y WEIGEND, T. [1996]: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada: Comares, 2002, (traducción realizada por Miguel Olmedo Cardenete del original Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlín), págs. 877.

MAURACH, R. en MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H. y ZIPF, H. [1995]: *Derecho Penal. Parte general*, volumen II, Buenos Aires: Astrea (traducción de Bofill Genzsch), pág. 865.

MUÑOZ CONDE, F. [2003]: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 39 y 40.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. [2010]: *Derecho Penal, parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 585 y ss.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P. [2008]: «Peligrosidad criminal y Constitución», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio, págs 4, 5 y 6.

ROXIN, C. [1994]: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, 1997, Madrid (traducción realizada por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal de la obra original Srtafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Múnich), pág 105.

SANZ MORÁN, Á. [2001]: «Consideraciones al proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 15, pág. 12.

– [2006]: «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 197/2006, de 28 de febrero)», *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, n.º 18, mayo, págs. 42 y 43.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a [2001]: *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pág. 699 y ss.

VIVES ANTÓN, T. [1995]: *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 251.

ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C. [2006]: «La "nueva" refundición o acumulación de condenas: el olvido lamentable del principio de legalidad», *Cuadernos de Política Criminal*, Cesej, n.º 86, pág. 150.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. [1991]: *Fundamentos de derecho penal, Las Teorías de la pena y de la ley penal*, Universidad de Granada, págs. 137 y 138.