

LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO DE MEDIDAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

ASIER URRUELA MORA

Becario de Investigación del Gobierno Vasco. Universidad del País Vasco

SUMARIO

Introducción; I Principio de ilegalidad. II. Principio de irretroactividad. III. Principio de proporcionalidad. IV. Principio de necesidad.

Introducción

Las medidas de seguridad, al constituir consecuencias jurídicas derivadas de la previa comisión de un hecho delictivo por parte de un inimputable o semiimputable, impuestas en virtud de la peligrosidad criminal del sujeto y en aras al tratamiento de la misma (prevención especial), presentan una serie de perfiles que las diferencian nítidamente de las penas.

Tradicionalmente, esta rígida distinción entre penas fundadas en la culpabilidad y medidas basadas en la peligrosidad, prescindiéndose en la configuración de las segundas del conjunto de garantías predicables de las primeras, ha dado lugar a amparar bajo el concepto de medidas de seguridad numerosas reacciones jurídicas, que, o bien por no derivar de la previa comisión de un hecho delictivo, o bien por constituir respuesta a una específica peligrosidad social (entendida como cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de que pueda realizar una acción socialmente dañosa, en este caso no constitutiva de

delito¹⁾ distinta de la concreta peligrosidad criminal, debían quedar fuera del ámbito del Derecho Penal, tal como puso de manifiesto desde antiguo la doctrina científica².

En este punto, el CP de 1995 ha supuesto la consagración de un nuevo esquema —ya iniciado con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y, especialmente, en virtud de la Reforma del CP de 1983—, al derogar formalmente de manera definitiva la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (Disposición derogatoria 1.ª Código Penal 1995), y fundamentalmente al someter al llamado derecho de medidas a una serie de principios, que garantizan su adaptación al esquema constitucional.

Dichos principios —legalidad, proporcionalidad, irretroactividad y necesidad— informan la totalidad de la regulación vigente en materia de medidas de seguridad, ostentando igualmente un indudable carácter integrador en aras a la interpretación de cada una de las distintas medidas de seguridad existentes.

Por ello, considero que el análisis en profundidad de los citados principios constituye no sólo una fórmula idónea con el fin de llevar a cabo un acercamiento global al llamado derecho de medidas, sino que permitirá igualmente una mayor concreción a la hora de fijar los respectivos límites de cada una de las mismas³.

I. Principio de legalidad

El sometimiento de las medidas de seguridad en su condición de consecuencias jurídicas del delito al principio de legalidad constituye una exigencia inexcusable de la concepción de nuestro Estado como —social y Democrático— de Derecho.

Es en el Título Preliminar de nuestro CP de 1995 donde quedan consagradas las diferentes garantías integrantes del principio de le-

* Comunicación ganadora del *I Premio de Estudios de Derecho Penal "José Cerezo Mir"*, otorgado en el marco del Congreso sobre *El horizonte del Derecho penal en el inicio del tercer milenio*, celebrado los días 3, 4 y 5 de mayo de 2000 en Zaragoza.

¹ Véase Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch Editor, Barcelona, 1986, p. 14.

² Véase Juan TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 195 y ss. En sentido igualmente crítico con el concepto de peligrosidad social, Agustín JORGE BARREIRO, *Las Medidas de Seguridad en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 247 y ss.

galidad penal, tal como el mismo es configurado por la doctrina en la actualidad^{4,5}.

– Garantía criminal: (*nullum crimen sine previa lege*), que, como es sabido, supone la imposibilidad de castigar como delito conducta alguna que no haya sido previamente establecida como tal en una

³ Véase Agustín JORGE BARREIRO, *Las Medidas de Seguridad en el Derecho español*, cit., pp. 131 y ss., donde el autor realiza un pormenorizado análisis de la compatibilidad de las medidas de seguridad establecidas en la antigua Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social con las exigencias del Estado de Derecho.

⁴ Véase José CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, 5ª edición (Reimpresión), Tecnos, Madrid, 1997, pp.162 y ss.

⁵ Dicho principio de legalidad constituyó, junto con el de presunción de inocencia, la base jurídica de la argumentación sostenida por el Tribunal Constitucional en materia de medidas de seguridad, bajo la vigencia de la antigua Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, con el fin de impedir la aplicación simultánea del art. 2.8 de la referida Ley (estado peligroso predelictivo relativo al tráfico de drogas) y del art. 344 del antiguo CP (delito de tráfico de drogas), sobre un mismo hecho. De esta forma, disponía el Tribunal Constitucional en la Sentencia 23/1986, de 14 de febrero (razonamiento mantenido en las posteriores Sentencias del Tribunal Constitucional 21/1987, de 19 de febrero, y 131/1987, de 20 de julio): “se entronca la cuestión con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la Constitución, a cuyo tenor ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y, en el caso, dada la identidad de tipos con el principio *non bis in ídem*, principio que aunque no aparezca constitucionalmente consagrado de manera expresa, nada impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, como hemos dicho últimamente en la Sentencia del 27 de noviembre de 1985 –publicada en el ‘Boletín Oficial’ del 17 de diciembre (RTC 1985/159)–, porque el principio en cuestión está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25.1 de la Constitución. La imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena –y la medida de seguridad lo es– que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio *non bis in ídem*, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hechos igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la ‘culpabilidad’ y en otro la ‘peligrosidad’”. Para una ampliación sobre la importancia del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional en este punto, básicamente de cara al reconocimiento expreso de la incompatibilidad de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social con nuestro sistema constitucional, véase Fermín MORALES PRATS/ Ramón GARCIA ALBERO, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre Medidas de Seguridad ¿Réquiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1991, pp. 1142 y ss., Francisco MUÑOZ CONDE, “Las Medidas de Seguridad: eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1991, pp. 827 y ss.

La referida jurisprudencia del Tribunal Constitucional resultaba, sin embargo, totalmente rechazable, no ya en su propósito no expresamente reconocido (el de impedir la aplicación de medidas de seguridad predelictuales al amparo de la Ley de Peli-

ley. De manera general, dicha garantía queda plasmada en el art. 1.1 CP⁶, mientras la exigencia de previa tipificación legal de los estados peligrosos deriva del art. 1.2 CP⁷. Sin embargo, la citada consideración, lejos de ser aceptada pacíficamente por la doctrina, ha generado un interesante debate en torno a si el referido apartado segundo del artículo primero CP establece en todo caso la garantía criminal de las medidas de seguridad, o si por el contrario, únicamente lo hace en relación con los presupuestos de las mismas. En este segundo sentido se pronuncian JORGE BARREIRO⁸, SILVA

grosidad y Rehabilitación Social, y dentro de éstas esencialmente aquellas en las que los estados peligrosos que les servían de base coincidían con los supuestos de hecho de algún delito, como ocurría en el caso del art. 2.8 de la ya derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y el art. 344 del antiguo Código Penal, sino en su fundamentación jurídica, ya que considerar aplicable una medida únicamente cuando el autor haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, impediría incluso la efectividad práctica de nuestro actual sistema de medidas postdelictivas impuestas a sujetos inimputables peligrosos, sistema plenamente respetuoso con el conjunto de exigencias derivadas de la Constitución de 1978.

Esta interpretación del principio de legalidad resulta incorrecta, como pone de manifiesto GRACIA MARTIN, pues la aplicación de la medida en ningún caso debe condicionarse a la concurrencia de culpabilidad en el sujeto, sino a la previa comisión de una acción típica y antijurídica y a la verificación en el autor de peligrosidad criminal. Véase Luis GRACIA MARTIN, en Luis GRACIA MARTIN (coordinador), et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 369 y ss. En sentido análogo se pronuncia LUZÓN PEÑA, quien rechaza la argumentación en materia de medidas de seguridad que realiza el Tribunal Constitucional con base en el art. 25.1 CE, ya que dicho precepto, en opinión del referido autor, no sería extensible a otro tipo de condena o sanción distinta de las allí expresamente establecidas. Véase Diego-Manuel LUZON PEÑA, "Alcance y función del Derecho Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 26 y s. (nota 28). Por último, y en relación con el criterio sostenido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1986, de 14 de febrero, adhiriéndose expresamente al mismo, véase José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Presupuestos fundamentales del Derecho Penal", *Eguzkilore*, Núm. 3, 1989, p. 73.

⁶ Artículo 1.1 CP: "No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración."

⁷ Artículo 1.2 CP: "Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley."

⁸ Véase Agustín JORGE BARREIRO, "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, p. 354, quien considera que la proclamación del art. 1.2 CP 1995 debería completarse con la del art. 2.1 que dispone la prohibición de aplicación retroactiva de las medidas de seguridad. Por el contrario, el principio de legalidad de las medidas de seguridad se consagraba de modo expreso en el art. 1 del Proyecto de Código Penal de 1992: "Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen establecidas legalmente con anterioridad (...)", véase José CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., p. 168 (nota 79).

⁹ De acuerdo con su concepción no cabría excluir que, con base exclusivamente en el actual art. 6.2 CP, cupiera la aplicación de medidas de seguridad predelictuales, pues no se condiciona en dicho precepto la aplicación de medidas de seguridad a la

SANCHEZ⁹, y en especial GRACIA MARTIN¹⁰, quien siguiendo a CERZO MIR viene a poner de manifiesto como el principio de legalidad en materia de medidas en Derecho español ostenta rango constitucional, al derivar del art. 53.1 CE, precepto que impone, en todo caso, la necesidad de regulación por ley del ejercicio de los derechos y libertades contenidos en el capítulo II del Título I CE. Ante la constatación de que no cabe categoría alguna de estado peligroso que no afecte a dichos derechos, CERZO MIR¹¹ concluye la asignación de rango constitucional al principio de legalidad en materia de medidas de seguridad.

Frente a la citada concepción, COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTON¹² han entendido incluido el principio de legalidad de las medidas de seguridad en la previsión recogida *ex art.* 81.1 CE, en virtud de la cual “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”, mientras que en relación con las medidas cuyo contenido no afecte a los citados derechos fundamentales y libertades públicas pero sí a otros derechos, el referido principio derivaría del tenor literal del art. 53.1 CE.

Con independencia del razonamiento dogmático esgrimido en cada caso, procede afirmar la aceptación de manera unánime por nuestra

previa comisión de un delito o falta, véase Jesús-María SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 17.

¹⁰ Dicho autor se adhiere en este punto al criterio mantenido por CERZO MIR, véase José CERZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., p. 168, quien acertadamente sostiene la idea anteriormente referida de que el citado art. 1.2 CP únicamente consagra el principio de legalidad en relación con los presupuestos de aplicación de las medidas, y no con respecto a las propias medidas, véase Luis GRACIA MARTIN, en Luis GRACIA MARTIN (coordinador) et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, cit., pp. 368 y s.

¹¹ Véase José CERZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., p. 151. En el mismo sentido, Luis GRACIA MARTIN mantiene el argumento del Profesor CERZO MIR, si bien aportando un criterio adicional, al precisar que la consagración del principio de irretroactividad en relación con los estados peligrosos (art. 2.1 CP), unido a la declaración recogida en el art. 1.2 CP, suponen igualmente un reconocimiento explícito del principio de legalidad en materia de medidas, añadiendo, por otro lado, que la efectividad de dicho principio en relación con las medidas de seguridad es limitada en su aplicación práctica, por cuanto la concreción de la peligrosidad conlleva siempre un cierto margen de indeterminación, véase Luis GRACIA MARTIN, en Luis GRACIA MARTIN (coordinador) et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, cit., p. 369.

¹² Véase Tomás S. VIVES ANTON/ Manuel COBO DEL ROSAL, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 784 y ss.

doctrina científica de la plena vigencia del principio de legalidad en su modalidad de garantía criminal, en el Derecho Penal español actual¹³.

– Garantía jurisdiccional: establece para la aplicación de toda medida de seguridad que la misma sea impuesta en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente. Su formulación concreta en el art. 3.1 CP es la siguiente: "No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales". Dicha garantía se encuentra en opinión de CERESO MIR¹⁴, igualmente implícita en el art. 24.2 CE, si bien no de forma directa en relación con las medidas de seguridad, por lo que resulta acertado el criterio utilizado por el legislador español de 1995, introduciéndola de forma explícita para las mismas en el art. 3.1. CP.

– Garantía de ejecución: prevista expresamente en relación con las medidas de seguridad *ex art.* 3.2 CP: "Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de las medidas de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes." La referida previsión legal se completa con la función atribuida al Juez de Vigilancia¹⁵ a fin de velar por la correcta ejecución de las medidas de seguridad, así como el reconocimiento de su labor de asesoramiento con respecto al tribunal sentenciador.

Sin embargo, y a pesar de la plena vigencia del principio de legalidad en el marco de las medidas de seguridad, se plantean algunas cuestiones anexas a las que resulta preciso hacer referencia. De esta forma, y siguiendo a CERESO MIR¹⁶, cabría afirmar, que la sujeción de los es-

¹³ En dicho sentido se pronuncian entre otros: Agustín JORGE BARREIRO, "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", cit., p. 353 y s., Manuel AYO FERNANDEZ, *Las Penas, Medidas de seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 233, J. de LAMO RUBIO, *Penas y Medidas de Seguridad en el nuevo Código*, Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 538.

¹⁴ Véase José CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., p. 168.

¹⁵ Labor puesta de manifiesto por la mayor parte de la doctrina, si bien en general se aboga por una extensión de sus atribuciones, con el fin de no limitar su papel al de mero delegado del tribunal sentenciador. En este sentido, véase J. de LAMO RUBIO, *Penas y Medidas de Seguridad en el nuevo Código*, cit., pp. 546 y ss., José-María PAZ RUBIO/ Antonio GONZALEZ-CUELLAR GARCIA/ Gorgonio MARTINEZ ATIENZA/ Manuel Alonso MARTIN-SONSECA, *Legislación Penitenciaria*, Colex, Madrid, 1996, pp. 84 y ss.

¹⁶ Véase José CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., p. 170.

tados peligrosos de las medidas de seguridad en general al principio de legalidad únicamente puede ser limitada, ya que la aplicación de las mismas no depende exclusivamente de la concurrencia de uno de dichos estados, sino igualmente de la verificación de la existencia de peligrosidad criminal en el sujeto. Si bien se han establecido diferentes métodos para la determinación de la referida peligrosidad, alguno de los cuales resulta plenamente contrastado, al estar basado en constataciones científicas previo examen médico del sujeto (método científico)¹⁷, la decisión final acerca de la procedencia de la imposición de medidas de seguridad se basa siempre en el ejercicio de un cierto grado de discrecionalidad por parte del tribunal sentenciador.

Ello no obsta para afirmar la plena vigencia del principio de legalidad en este ámbito¹⁸, si bien con las limitaciones antedichas, inherentes a la propia categoría de la peligrosidad criminal en relación con la aplicación de medidas de seguridad de naturaleza penal.

II. Principio de irretroactividad

Considerado por algunos autores¹⁹ como el corolario del principio de legalidad en materia de medidas de seguridad, al no quedar consagrada en el art. 1.2 CP más que la sujeción al principio de legalidad de los presupuestos de aplicación de las medidas, pero no de las medidas mismas.

¹⁷ Para una ampliación sobre el particular, véase Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., pp. 30 y ss., así como Tomás S. VIVES ANTON, "Métodos de determinación de la peligrosidad", en *Peligrosidad Social y Medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970)*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1974, pp. 395 y ss.

¹⁸ La vigencia del principio de legalidad en materia de medidas de seguridad es sostenida por la práctica totalidad de los penalistas españoles. Además de los ya citados, cabe mencionar a José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Presupuestos fundamentales del Derecho Penal", *Eguzkilore*, cit., pp. 71 y ss., quien se acoge a la definición de medidas de seguridad como "privaciones o restricciones de bienes jurídicos aplicadas por los órganos jurisdiccionales, a tenor de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial". Asimismo, véase Antonio BERISTAIN IPIÑA, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Reus, Madrid, 1974, pp. 49 y s.

¹⁹ Así, Agustín JORGE BARREIRO, "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", cit., p. 354, donde afirma que la formulación del principio de legalidad ex art. 1.2 CP resulta incompleta, y únicamente a través de una interpretación integradora de dicha disposición en relación con la recogida en el art. 2.1 CP cabe entender que el citado principio tiene plena virtualidad en materia de medidas de seguridad.

El principio de irretroactividad aparece recogido en el art. 2.1 CP, precepto que dispone: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”.

A pesar de la taxatividad y clara formulación del art. 2.1 no ha resultado pacífica en nuestra doctrina su interpretación. De esta forma, GRACIA MARTIN²⁰, considera que no cabe hablar en sentido estricto de aplicación retroactiva de una ley que establezca nuevos supuestos de estados peligrosos o medidas de seguridad, dado que, si la peligrosidad criminal –fundamento de la aplicación de la medida— perdura en el momento del juicio, la medida se impone en relación “a un supuesto de hecho presente”. Con ello se salva la posible discordancia con el artículo 2.1 CP. En mi opinión, y siguiendo la argumentación sostenida por GRACIA MARTIN, el citado artículo supone la necesaria tipificación legal del hecho delictivo con carácter previo a su comisión, en aras a la futura imposición de una medida de seguridad, pero cabe que una ley no vigente en el momento de la realización del hecho determine la introducción de nuevas categorías de estados peligrosos o introduzca nuevas medidas de seguridad²¹. De hallarse dicha ley en vigor en el momento de la celebración del juicio, la aplicación de medidas en virtud de la misma no habría de ser interpretada como retroactiva, pues la peligrosidad (por su naturaleza, potencialmente permanente), debe valorarse en todo caso a lo largo del proceso. El referido criterio es el mantenido por destacados penalistas, no sólo en el marco de la Ciencia del Derecho Penal española (donde constituye la posición sostenida por autores como CUELLO CALON²², RODRIGUEZ MOURULLO²³ o CE-

²⁰ Véase Luis GRACIA MARTIN, en Luis GRACIA MARTIN (coordinador) et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, cit., p. 374, quien critica la dicción literal del art. 2.1 CP.

²¹ Véase Agustín JORGE BARREIRO, “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, cit., p. 354 (nota 64). Dicho autor se adhiere de *lege ferenda* a la interpretación sostenida por GRACIA MARTIN, si bien constata que el tenor literal del art. 2.1 CP no resulta en este punto esclarecedor.

²² Véase Eugenio CUELLO CALON-CAMARGO, *Derecho Penal, Tomo I. Parte General, Vol. I*, 18ª edición revisada y puesta al día por Cesar CAMARGO HERNANDEZ, Bosch editor, Barcelona, 1980, p. 232.

²³ Véase Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1977, p. 132, el mismo, “Medidas de Seguridad y Estado de Derecho”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1974, pp. 361 y s.

REZO MIR²⁴), sino también en la Ciencia del Derecho Penal alemana (así entre otros, por MAURACH²⁵).

Esta concepción ha sido igualmente defendida por un gran número de autores que han abordado el estudio de la materia a la luz del nuevo Código Penal español de 1995, al dar la solución adoptada una perfecta respuesta desde el punto de vista dogmático a la prohibición de aplicación retroactiva, consagrada en este punto por el art. 2.1 CP, y a la vez, suponer un adecuado tratamiento de la peligrosidad, en atención a las particularidades que dicha categoría dogmática presenta.

Frente a la interpretación expuesta SILVA SANCHEZ²⁶ se muestra partidario de la irretroactividad de las medidas de seguridad desfavorables y restrictivas de derechos individuales, aplicando analógicamente en relación con las favorables el art. 2.2 CP²⁷ (a pesar de que el mismo no hace mención expresa a la inclusión en su ámbito de las medidas de seguridad), en virtud del cual postula la aplicación retroactiva de estas últimas. El fundamento de su razonamiento reside en que una general derogación del régimen de irretroactividad en relación con las medidas de seguridad, resultaría incompatible con una concepción del individuo sometido a tales medidas como “sujeto” y no como mero “objeto” de terapia.

Aceptando dicha argumentación como válida, cabría sin embargo oponer que la interpretación del art. 2.1 propuesta (coincidente con la

²⁴ Véase José CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., p. 181 (nota 23), donde el citado autor alude al criterio introducido en este sentido por el artículo 200 del Código Penal italiano, en virtud del cual, “las medidas de seguridad son reguladas por la Ley vigente al tiempo de su aplicación. Si la ley del tiempo en que debe ejecutarse la medida de seguridad es diversa, se aplica la ley en vigor al tiempo de la ejecución.”

²⁵ Véase Reinhart MAURACH, “Problemas de la reforma penal en Alemania” (traducción de Juan CORDOBA RODA y Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1967, p. 622.

²⁶ Véase Jesús-María SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit., pp. 15 y s. La propuesta de dicho autor, en el sentido de aplicar el régimen general de irretroactividad de disposiciones desfavorables también a las medidas, rigiendo para las favorables la retroactividad prevista por el art. 2.2 CP, se enfrenta con un problema adicional que el propio SILVA SANCHEZ admite: ¿Cómo determinar qué modificaciones de la regulación de las medidas de seguridad tienen carácter desfavorable y cuáles resultan favorables o neutras, dada la naturaleza terapéutica de la intervención que las mismas implican?

²⁷ Art. 2.2 CP: “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.”

sostenida por la doctrina mayoritaria), resulta plenamente respetuosa con el mandato legal que expresamente dispone: “Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”. En mi opinión, el referido precepto no obsta para entender, dado el carácter potencialmente permanente de la peligrosidad criminal —que, en principio, no se agota con la comisión del hecho delictivo—, que si una ley configuradora de nuevos supuestos de estados peligrosos o medidas de seguridad entra en vigor con anterioridad al comienzo del juicio, proceda a aplicarse dicha nueva norma a un sujeto que previamente a la citada entrada en vigor ha cometido un hecho delictivo, y en el cual se aprecia en el referido momento del juicio peligrosidad criminal. La afirmación anterior no es óbice tampoco para continuar manteniendo la consideración del individuo sometido a la medida de seguridad como “sujeto” y no como mero “objeto” de terapia, pues lo que en definitiva se persigue con la aplicación de dicha consecuencia jurídica es el más adecuado tratamiento de la peligrosidad²⁸, siendo el límite temporal para la determinación de la misma el de celebración del juicio oral.

En definitiva, lo que conviene poner de manifiesto frente a la crítica de SILVA SANCHEZ, es que la aplicación de concretas medidas establecidas en virtud de una ley posterior a la comisión del hecho delictivo (siempre que el supuesto de hecho se encontrase tipificado previamente a su realización), en ningún caso supone concebir al individuo como “objeto” de terapia, ya que el fin perseguido es el de lograr un tratamiento del sujeto acorde con su concreta situación personal (obviamente reveladora de peligrosidad criminal, puesto que de lo contrario no procedería imponer medida de seguridad alguna). Si partimos del hecho de que el supuesto debe estar tipificado con carácter anterior a su comisión —lo que constituye aquí exigencia ineludible, ya que en otro caso se incurriría en aplicación retroactiva de la ley penal—, y siempre que no concurra una causa de exención de responsabilidad, procede la imposición de una pena. En el plano de las consecuencias jurídicas del

²⁸ Así, entre otros, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., pp. 33 y ss., el mismo, “El tratamiento de los semiimputables”, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1981, pp. 133 y ss., el mismo, “La reacción penal en relación con la criminalidad de los enfermos mentales: el artículo 9.1 CP.”, en *Estudios sobre la moderna Reforma Penal española*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 121 y ss., Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., pp. 77 y ss., Agustín JORGE BARREIRO, en Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO (director)/ Agustín JORGE BARREIRO (coordinador) et al., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 304 y ss., Mercedes GARCÍA ARAN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 135 y ss.

delito, lo que se plantea como solución idónea, es que de producirse con posterioridad a la comisión del hecho la creación de nuevos estados peligrosos o de configurarse nuevas medidas de seguridad, se aplique la nueva medida prevista, con el fin de lograr el tratamiento más ajustado a la peligrosidad puesta de manifiesto, en lugar de la concreta pena que en caso contrario resultaría ejecutable. En mi opinión, ello supone valorar al individuo en su justa dimensión, es decir, atendiendo a la dignidad de la persona humana —consagrada expresamente en nuestra Constitución, como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)—, con base en lo cual, debe arbitrarse en todo momento la respuesta penal más acorde con su situación individual, y por ende, dotada de mayor eficacia rehabilitadora.

A pesar de la coherencia lógica de la interpretación expuesta, han sido numerosos los autores que han abogado por una aplicación estricta del principio de irretroactividad en materia de medidas de seguridad. De esta forma, los redactores del Proyecto Alternativo alemán de 1966, partidarios del referido criterio, se mostraban totalmente contrarios al régimen de retroactividad de las medidas que halló acogida en el StGB (tras la reforma de 1975). En este sentido, el actual § 2 apartado 6º StGB dispone que se aplicará la medida de seguridad vigente en el momento de dictar sentencia (estableciéndose expresamente excepciones para la custodia de seguridad, la inhabilitación especial para profesión u oficio y la sumisión a la vigilancia de la autoridad)²⁹.

Sin embargo, y dado que en este caso la interpretación aquí sostenida puede plantear dudas en relación con su posible carácter retroactivo -en especial, con base en la dicción literal del art. 2 CP-, aun considerando que la misma debe constituir el principio rector para las autoridades judiciales a la hora de resolver en supuestos como los planteados, cabe avanzar una propuesta de *lege ferenda*. En concreto, podría contemplarse la posibilidad de que sea oído el reo, con carácter previo a la adopción de cualquier decisión sobre el particular, manteniéndose en todo caso, sin embargo, la capacidad decisoria en el órgano judicial sentenciador, el cual evidentemente ostentaría la posibilidad de actuar en uno u otro sentido (respetando la voluntad del sujeto, o decidiendo contrariamente a la misma). Este es el criterio establecido al objeto de determinar la ley más favorable, a efectos de su aplicación retroactiva *ex art. 2.2 y disposición transitoria 2ª CP*³⁰, y dada la analogía existente entre ambos supuestos, considero dicha opción como la más acertada.

²⁹ Tal como pone de manifiesto José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., p. 181.

³⁰ Para una ampliación sobre el particular, véase José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., pp. 189 y s.

III. Principio de proporcionalidad

Constituye en opinión de una buena parte de nuestra doctrina³¹, el principio fundamental en materia de medidas de seguridad³². Sin duda su importancia en este ámbito resulta esencial, dadas las consecuencias que se derivan del concepto de peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad en nuestro derecho. En este sentido, cabe poner de manifiesto la imposibilidad de determinar *ex ante* el periodo de tratamiento necesario para hacer frente a la peligrosidad revelada por el sujeto, por lo que la medida adecuada, considerándola desde un punto de vista estrictamente dogmático, habría de ser de duración indeterminada^{33, 34}.

³¹ En torno a la importancia del principio de proporcionalidad se pronuncia la práctica totalidad de los autores que han abordado el particular. Véase, Jesús-María SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit., p. 19, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., p. 37, Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., p. 110, Mercedes GARCIA ARAN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, cit., pp. 141 y ss., Manuel AYO FERNANDEZ, *Las Penas, Medidas de seguridad y Consecuencias Accesorias*, cit., p. 251 y ss., J. de LAMO RUBIO, *Penas y Medidas de Seguridad en el nuevo Código*, cit., pp. 538 y s., Agustín JORGE BARREIRO, en Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO (director)/ Agustín JORGE BARREIRO (coordinador) et al., *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 297, el mismo, "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", cit., pp. 354 y ss., José JIMENEZ VILLAREJO, en Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (director) et al., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I*, Trivium, Madrid, 1997, pp. 1319 y ss.

³² En este sentido, destaca su incidencia igualmente para los equipos encargados de la ejecución de las medidas (terapeutas, psiquiatras, psicólogos, educadores,...), los cuales, dado que su actuación deriva de la aplicación de una consecuencia jurídica de naturaleza penal, quedan sometidos a los principios reguladores de las medidas. Ello tiene incidencia, ya que cabe la posibilidad de que los criterios legales –en este caso el referido principio de proporcionalidad– interfieran en el objetivo terapéutico, pero son aquellos los que en todo caso deben prevalecer, pues lo que se persigue es el tratamiento de la peligrosidad, se logre o no la curación total de la patología, curación que además, en el caso de que afecciones psiquiátricas que tienden a la cronicación, no resulta muchas veces posible de una manera absoluta. Véase Sigfried SCHULER, "Maßnahmen der Besserung und Sicherung gemäß §§ 63, 64 StGB' unter Berücksichtigung des Beschlusses des zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 8.10.1985", *Forensia*, 9/1988, pp. 2 y s.

³³ En general, se muestran críticos con la formulación actual del principio de proporcionalidad, José CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, 2ª edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, pp. 68 y s., Jesús-María SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit., p. 19, Agustín JORGE BARREIRO, "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", cit., pp. 354 y s., Luis GRACIA MARTIN, en Luis GRACIA MARTIN (coordinador) et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, cit., pp. 386 y ss. Contrario a la fórmula del art. 4 del Anteproyecto de Código Penal de 1992, análoga a la actualmente empleada en el art. 6.2 CP, Diego-Manuel LUZON PEÑA, "El

La formulación del principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad se recoge en el art. 6.2 de nuestro CP³⁵ en virtud del cual: “las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.”

La concepción latente en dicho precepto resulta totalmente censurable^{36, 37} por cuanto supone una total confusión entre fundamentos y fi-

Anteproyecto de CP de 1992: observaciones de urgencia”, *Jueces para la Democracia*, 14, 3/1991, p. 57.

³⁴ Este era el criterio mantenido en nuestro anterior Código Penal *ex* art. 8.1. En este sentido, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la medida de internamiento de duración indeterminada para inimputables del antiguo Código Penal. De esta forma, el citado Tribunal sostuvo, de manera reiterada que “resulta, sin duda, justificado y razonable tratar penalmente de forma distinta a los cuerdos y a los enajenados mentales y no parece desproporcionado conectar las medidas de seguridad relativas a los últimos, no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad y, en consecuencia, no puede tacharse de desproporcionado que el tipo concreto de medidas de seguridad a aplicar en cada caso y su duración se vinculen a esa evolución y, por tanto, que ambas sean más indeterminadas que las penas correspondientes a los penalmente responsables y que ni el tipo de medidas ni su duración dependa del tipo de pena y duración que le hubiera correspondido de no serle de aplicación la eximente de enajenación mental. El hecho de que la decisión sobre ambos extremos se deje en manos de los Jueces y Tribunales, dentro de las pautas señaladas por la Ley tampoco entraña desproporción y, por tanto, tampoco afecta al principio de igualdad consagrado en el art. 14 del Texto Constitucional”. Este razonamiento, extraído de la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1993, de 21 de enero, venía pues a establecer la constitucionalidad de las medidas de seguridad de duración indeterminada para inimputables (frente al carácter temporalmente limitado de las penas), con base en las especiales circunstancias concurrentes en este caso.

³⁵ Véase Agustín JORGE BARREIRO, “El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995”, *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 2ª época, nº 6, julio 2000, pp. 183 y ss. A pesar de que dicho autor afirma que el art. 6.2 CP deriva de la perspectiva material del principio de Estado de Derecho, prohibiendo excesos y limitando las intervenciones del poder punitivo del Estado a lo estrictamente necesario para asegurar la convivencia de la sociedad, también se opone a la concreta configuración del principio de proporcionalidad en nuestro CP.

³⁶ La formulación utilizada por nuestro CP 1995 ha sido criticada incluso por algunos autores contrarios a la empleada en el Código anterior, por considerar la ausencia de limitación temporal allí establecida, atentatoria contra la seguridad jurídica. Así, Mercedes GARCIA ARAN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, cit., p. 150, quien afirma que la utilización de criterios de proporcionalidad respecto del delito cometido puede propiciar una dinámica que conduzca a la imposición de medidas superiores a las que exige la peligrosidad, pero permitidas por la duración de la pena que corresponda al delito. Personalmente discrepo, sin embargo, de dicha consideración, pues la posibilidad de imposición de me-

nes de penas y de medidas de seguridad. Las primeras, basadas en la culpabilidad, no pueden tener una duración superior a la de la pena aplicable al hecho cometido. Por el contrario, y al estar fundadas las medidas de seguridad en la peligrosidad criminal, éstas no pueden quedar limitadas en ningún caso por la duración de la pena abstractamente aplicable al hecho realizado, pues éste únicamente constituye un indicio³⁸ para la determinación de dicha peligrosidad, pero en ningún caso supone el límite de la misma. Como acertadamente manifiesta CERREZO MIR³⁹, cabe que un sujeto que cometa una infracción criminal leve sea portador de una importante peligrosidad, mientras que un individuo que lleve a cabo un delito especialmente grave no deba ser considerado peligroso, por ejemplo, por haber reaccionado en ese supuesto concreto a motivaciones externas excepcionales que difícilmente se volverán a repetir en el futuro.

En relación con el particular destaca la dicción del § 62 StGB, el cual exige que la medida guarde una proporción con la importancia del hecho cometido por el autor y de los que de él son de esperar, así como con el grado de peligrosidad que emana de él. En el marco de este precepto, expresión acabada del principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, ha desarrollado la Ciencia del Derecho Penal alemana contemporánea sus reflexiones sobre la citada problemática.

didadas de duración superior a la peligrosidad del autor queda expresamente excluida en nuestro CP en virtud del art. 6.2 *in fine*.

³⁷ Lo cual, en definitiva, ostenta una particular gravedad dado que el principio de proporcionalidad constituye el fundamento ético de las medidas. Así lo pone de manifiesto CERREZO MIR, quien siguiendo a WELZEL, argumenta que únicamente puede participar sin restricciones en la vida social aquél que es capaz de regirse por las normas de la comunidad, por lo que la libertad exterior encuentra su justificación en la libertad interior, es decir, en la capacidad de regirse por las normas de la Ética social. Por consiguiente, en el caso de los sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica, que carecen de dicha capacidad o cuando la misma se encuentra considerablemente disminuida, procede la aplicación de medidas de seguridad. Véase José CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., pp. 36 y s., Hans WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edición, Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1969, p. 245. Coincidente con la argumentación anterior se muestra Wolfgang FRISCH, "Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtssystem", *ZStW 102* (1990), Heft 2, p. 368, quien cita en este mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán; BVerGE 22, 180, 218; 30, 47, 53; 58, 208, 224.

³⁸ Así lo pone de manifiesto Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., pp. 32 y ss.

³⁹ Véase José CERREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, 2ª edición, UNED, Madrid, 2000, p. 69, el mismo, "Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1996, p. 1474.

De esta forma, ROXIN⁴⁰ destaca que el referido principio de proporcionalidad, al cual quedan ligadas en su gravedad y duración las medidas de seguridad, permite injerencias más amplias que las inherentes a las penas. Sin embargo, y con el fin de concretar el fundamento de las citadas injerencias, propone atender al principio de ponderación de bienes, como criterio rector en esta materia. Y es el referido principio el que en opinión de ROXIN encuentra cabida en el § 62 StGB. Favorable a una configuración del principio de proporcionalidad ligada de forma fundamental a la peligrosidad revelada por el autor (importancia de los delitos previsibles), y sólo en menor medida con los ya cometidos se muestra igualmente JESCHECK⁴¹, quien sin embargo va más allá, al considerar que en las medidas ocupa el primer plano la necesidad de seguridad de la colectividad. Ambos autores destacan como el mencionado principio de proporcionalidad deriva de la noción de Estado de Derecho, siguiendo el criterio establecido al efecto por el Tribunal Constitucional alemán⁴².

La misma concepción en relación con el significado del principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad es mantenida por otros autores como STRATENWERTH⁴³ o MAURACH/ GÖSSELS/ ZIPF⁴⁴, quienes vinculan la duración de la medida a la peligrosidad revelada por el autor y en ningún caso –como ocurre en la legislación española actualmente vigente, en virtud de lo dispuesto en los art. 6.2 y 95.2 CP-, ligan la extensión temporal de las medidas a la pena prevista para el delito cometido.

Sin embargo, y a pesar de las consideraciones anteriores, los abusos producidos en virtud de la legislación anterior (no sólo bajo la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, sino igualmente en el marco de la regulación de las medidas de seguridad en nuestro antiguo Código Penal de 1944) movieron a un sector importante de nuestra doctrina científica a

⁴⁰ Véase Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DIAZ y GARCIA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), Civitas, Madrid, 1997, pp. 105 y s.

⁴¹ Véase Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de la 4ª edición alemana por José Luis MANZANARES SAMANIEGO), Comares, Granada, 1993, p. 733.

⁴² Véase, entre otras, BVerfGE 16, 302; 19, 347; 29, 360.

⁴³ Véase Günther STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4ª edición, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, p. 25.

⁴⁴ Véase Reinhart MAURACH/ Karl Heinz GÖSSEL/ Heinz ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband II. Erscheinungsformen des Verbrechen und Rechtsfolgen der Tat*, 7ª edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, p. 669.

solicitar la limitación temporal de las medidas de seguridad en aras de la seguridad jurídica.

En este sentido, Muñoz Conde ha puesto reiteradamente de manifiesto la necesidad de una restricción en la duración de las medidas y ya se había mostrado favorable al criterio utilizado posteriormente por nuestro actual CP⁴⁵. Fundamentalmente, los argumentos empleados para justificar dicha particular concepción del principio de proporcionalidad se basan en la necesidad de extensión a las medidas de seguridad de las garantías propias de las penas, lo que dada la indeterminación y falta de concreción del concepto de peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad, conlleva la necesidad de limitación temporal *ex ante* de la duración de las mismas. Si bien el objetivo perseguido resultaba loable, ya que la configuración de las medidas de seguridad bajo el antiguo CP había dado lugar a evidentes irregularidades en la ejecución de las mismas⁴⁶, no puede considerarse que la fórmula empleada

⁴⁵ Véase Francisco MUÑOZ CONDE, "Las Medidas de Seguridad en sentido estricto: eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", cit., pp. 830 y s., el mismo, "Monismo y Dualismo en el Derecho Penal español", en *Estudios Penales y Criminológicos VI*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981-82, pp. 236 y ss., Francisco MUÑOZ CONDE/ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1984, pp. 79 y ss. En el mismo sentido, Borja MAPELLI CAFFARENA/ Juan TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1990, p. 180. Contrario a dicho criterio Javier BALAGUER SANTAMARIA, "Régimen jurídico de los enfermos mentales en el sistema penitenciario español. Centros psiquiátricos penitenciarios", en *Jornadas sobre Psiquiatría Forense*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1990, p. 214.

⁴⁶ La inexistencia de un límite temporal en materia de medidas de seguridad con base en el argumento de que las mismas están fundadas en la peligrosidad, obliga a un seguimiento continuo de la situación del sujeto por parte del Tribunal Sentenciador, en aras a decretar el fin de la medida tan pronto como cese dicha peligrosidad. Así lo señala Carlos María ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el derecho español", en *Psiquiatría Legal y Forense. Volumen II*, Colex, Madrid, 1994, p. 806. Ello contrastaba con la práctica habitual bajo el CP anterior, en virtud de la cual una vez dictada Sentencia absolutoria y decretada la imposición de medidas, el Tribunal se desentendía de la labor de seguimiento del sujeto. Un caso paradigmático es el puesto de manifiesto por el fallo del Recurso de Amparo 619/1987 (Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1988, de 8 de junio), en el que el Tribunal Constitucional viene a establecer explícitamente que el artículo 8.1 CP 1944 "no consagra una eventual privación de libertad indefinida en el tiempo y a la plena disponibilidad del órgano judicial competente." Dicha doctrina jurisprudencial queda sentada en relación con el caso de una mujer que en Sentencia de 19 de noviembre de 1977, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, fue absuelta del delito de homicidio frustrado, por concurrir la eximente de enajenación mental, procediendo a ser internada en el Hospital Psiquiátrico Provincial del que no podía salir sin previa autorización del Tribunal. A pesar de que en informes sucesivos (14 de diciembre de 1979, 2 de mayo, 1 de septiembre, 1 de octubre, 1 y 13 de diciembre de 1980, 19 de enero de 1981, 6 y 20 de

por nuestro actual CP resulte la más acertada. La previsión recogida *ex* art. 6.2 CP encuentra refrendo en el art. 95.2 CP, que dispone, “cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 105.”⁴⁷ Asimismo, los artículos 101 a 103 CP limitan la duración de las medidas aplicables en virtud de los citados preceptos (supuesto de internamiento) “al tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable”, mientras el art. 104 CP restringe la aplicabilidad de las medidas de seguridad de internamiento a los casos en que la pena impuesta sea privativa de libertad, limitando su duración a “la de la pena prevista por el Código para el delito.”

Aceptando la plena vigencia del principio de proporcionalidad como principio ético-jurídico que debe regir todos los campos de actuación del Estado en una sociedad democrática⁴⁸, cabe sin embargo rechazar la concreta formulación del mismo adoptada por nuestro legislador de 1995. En concreto, y como se puso de manifiesto con anterioridad, se ha producido una total confusión entre los diferentes planos correspondientes a penas y medidas de seguridad; entre culpabilidad y peligrosidad, fundamentos dogmáticos de unas y otras respectivamente⁴⁹.

julio de 1982 y 4 de marzo de 1987), se puso de manifiesto la normalidad psíquica de la paciente, su carencia de peligrosidad y la necesidad de reincorporación de la misma a la vida familiar con medicación ambulatoria, la Audiencia Provincial de Tenerife en sendos Autos (14 de febrero de 1986 y 25 de marzo de 1987), no sólo confirmó el internamiento psiquiátrico, sino que decretó el traslado de la actora al Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario de Madrid, dada “la peligrosidad de la ingresada y la facilidad de evadirse de los Centros de tratamiento Psiquiátrico.” En un intento de atajar arbitrariedades de esta naturaleza se impuso la limitación temporal de las medidas de seguridad en nuestro Código Penal. Para una ampliación sobre el particular, véase J.M. FERNANDEZ DEL TORCO ALONSO, “Aspectos médicos legales del delincuente enfermo mental”, en *Actualidad Penal*, 1990, pp. 181 y ss.

⁴⁷ La propia referencia al art. 105 CP y no al 96.3 –donde se recoge el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad–, ha sido criticada por José JIMENEZ VILLAREJO, en Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (director) et al., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I*, cit., p. 1320, quien, sin embargo, inmediatamente pone de manifiesto que determinadas medidas de seguridad previstas en el art. 96.3 CP no resultan imponibles más que en caso de que la pena abstractamente aplicable resulte privativa de libertad.

⁴⁸ Véase Luis GRACIA MARTIN, en Luis GRACIA MARTIN (coordinador) et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, cit., p. 386.

⁴⁹ Así, autores como BOIX REIG exponían sus críticas en relación con el Proyecto de CP de 1983 al establecer una construcción análoga en este punto a la actualmente vigente, que dicho autor catalogaba de artificiosa, ya que trataba de conciliar consecuencias jurídico-penales de distinta clase y finalidad, tomando similares fundamentos, “procediendo a realizar un corrimiento de las categorías peligrosidad-medidas de seguridad a las específicas culpabilidad-pena”, véase J. BOIX REIG, “De nuevo sobre

La proporcionalidad, como correctamente preceptuaba el Proyecto de CP de 1980, debe establecerse en relación con “la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer.”

Evidentemente, desde el punto de vista práctico, ello implicaría postular la indeterminación temporal de las medidas de seguridad, o, más acertadamente, la aplicación de las mismas en régimen de sentencia relativamente indeterminada. La afirmación anterior supone que ha de quedar a criterio del Tribunal la concreción del momento en el cual se deba dar por terminada la aplicación de las medidas de seguridad impuestas en sentencia, en atención a la evolución en el tratamiento de la peligrosidad del sujeto. En todo caso, y una vez eliminada ésta, debería decretarse la finalización de la medida establecida y la inmediata puesta en libertad, con independencia de la efectiva curación del mismo⁵⁰, ya que el fundamento de las medidas de seguridad es en todo caso la peligrosidad criminal, siendo la finalidad curativa, terapéutica o asistencial meramente instrumental con relación al tratamiento de aquélla⁵¹. De lo contrario, habría que entender que un individuo que ha dejado de ser peligroso pero que no cabe considerar médicamente curado, debería continuar en régimen de internamiento, lo cual se opone a principios básicos del Derecho Penal propio del Estado Social y Democrático de Derecho como son el de intervención mínima y última *ratio* (el objetivo del Derecho Penal moderno es la consecución de una vida social libre de delitos, y no el de constituir el instrumento de aplicación de prescripciones terapéuticas).

Con base en lo anterior, cabe poner de manifiesto lo incorrecto del procedimiento utilizado por el CP de 1995 con el fin de restringir temporalmente la duración de las medidas de seguridad. Siguiendo el criterio postulado por autores como CEREZO MIR⁵², ROMEO CASABO-

el principio de legalidad (perspectiva constitucional)”, en *Revista General de Derecho*, núm. 512, Madrid, 1987, p. 2301.

⁵⁰ Véase José CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, cit., pp. 69 y s.

⁵¹ Opinión manifestada por la generalidad de la doctrina si bien existen discrepancias a la hora de valorar la importancia del criterio terapéutico en el desarrollo y finalización de las medidas de seguridad. Sobre el particular, véase Carlos María ROMEO CASABONA, “El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el derecho español”, cit., pp. 804 y s.

⁵² Véase José CEREZO MIR, “Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995”, cit., p. 1474, donde aboga por el establecimiento de un límite máximo de duración de las medidas de seguridad privativas de libertad en aras a garantizar las exigencias de la seguridad jurídica, límite sin embargo que no habría de quedar en función de la gravedad del delito cometido, sino del tiempo que suele durar el tratamiento. La única excepción a lo anterior lo constituiría el internamiento en

NA⁵³ o GRACIA MARTIN⁵⁴ cabría de *lege ferenda* sostener un criterio intermedio entre las dos posiciones extremas mantenidas hasta el momento en relación con el particular por nuestros CP, cuales son, por un lado, la limitación temporal de la duración de la medida de seguridad en función de la pena impuesta, y por otro, su indeterminación relativa en atención al criterio de la peligrosidad criminal. La consecución de una absoluta seguridad jurídica en fase de imposición de las medidas de seguridad podría lograrse mediante el establecimiento de un límite legal al internamiento de acuerdo con la duración normal (estándar) del tratamiento. Ello se ha predicado de forma especialmente insistente en relación con los supuestos de inimputabilidad y semiimputabilidad en virtud de intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras que produzcan efectos análogos (art. 20.2 y 21.1 CP en relación con el anterior), supuestos en los que el tratamiento aplicable –de cara a su posible efectividad- debe tener una duración mínima, y normalmente, de no producir los efectos deseados transcurrido un determinado lapso temporal, se considera inidóneo para la consecución de la deshabitación del sujeto. Dicha afirmación resulta extensible igualmente en relación con el resto de supuestos de inimputabilidad, es decir, a los de anomalía o alteración psíquica (art. 20.1 CP)⁵⁵, así como a los de alteración en la percepción (art. 20.3 CP).

centro psiquiátrico, el cual en opinión de dicho autor no debe estar sometido a límite temporal alguno, como consecuencia de la especificidad de este supuesto (ya que la disposición adicional 1ª CP, aplicable en caso de exención de la responsabilidad criminal por concurrencia de las eximentes 1ª o 3ª del art. 20, y que permite al Ministerio Fiscal en el referido supuesto instar el internamiento ante la jurisdicción civil, no satisface plenamente las exigencias de la política criminal).

⁵³ Véase Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., p. 79, donde ya pone de manifiesto la necesidad de fijar un tope máximo a la duración de la medida de seguridad. Dicha línea argumental ha sido mantenida posteriormente por el citado autor en trabajos sucesivos, en los que propone de *lege ferenda* el establecimiento de una duración máxima para cada medida de seguridad, “en función de su naturaleza y objetivos (y no de la naturaleza de la pena que se le hubiera podido imponer de ser penalmente responsable) (...)”, véase Carlos María ROMEO CASABONA, “El Anteproyecto de Código Penal de 1992”, en Carlos María ROMEO CASABONA (editor) et al., *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la Laguna, 1992, pp. 12 y s., quien realizaba estas consideraciones ya en relación con el art. 4.2 del Anteproyecto de Código Penal de 1992.

⁵⁴ Véase Luis GRACIA MARTIN, “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, *Actualidad Penal*, 1993, Tomo II, p. 568.

⁵⁵ Movimientos como la Antipsiquiatría, postulada desde la década de los setenta por autores como FOUCAULT, BARATTA y LAING, han supuesto un proceso de desinstitucionalización en el ámbito de la psiquiatría, lo que ha tenido un indudable reflejo en materia de tratamiento penitenciario, así como de aplicación de medidas de seguridad. El internamiento psiquiátrico no se considera actualmente el medio idóneo de intervención en este campo, y cuando se procede a su utilización se tiende a consi-

Esta solución parece la más adecuada tanto desde el punto de vista político-criminal como en atención a las exigencias terapéuticas, que si bien no constituyen el fundamento de las medidas de seguridad, son el medio instrumental esencial empleado en aras al tratamiento de la peligrosidad criminal.

Ahondando en este punto, resulta especialmente censurable, desde una perspectiva estrictamente dogmática, la previsión del art. 95.2 CP, al limitar la posibilidad de aplicar medidas de seguridad de internamiento a los casos en los que la pena prevista para el delito fuera privativa de libertad. Cabe criticar⁵⁶ esta última precisión en la formulación del principio de proporcionalidad ya que supone atender a un criterio externo al de la peligrosidad criminal, cual es el de la pena prevista, al objeto de la posible imposición de medidas de seguridad privativas de libertad. En este sentido, dicho precepto impide un adecuado tratamiento de la peligrosidad cuando ésta sea elevada, a pesar de la comisión de un hecho de escasa relevancia penal. Con ello, queda en evidencia que el propio concepto de peligrosidad fundamentador de la aplicación de medidas de seguridad, en ningún caso se encuentra condicionado por la gravedad del delito previamente cometido, el cual a estos efectos únicamente puede ser considerado como un mero indicio⁵⁷.

derar preferible la imposición de límites temporales al mismo y la búsqueda de otras alternativas terapéuticas. Sobre el particular, véase José-María MENA-ALVAREZ, "Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico", en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio PEREZ VITORIA, Tomo I*, Bosch Editor, Barcelona, 1983, pp. 469 y ss., Rafael INGLOTT DOMINGUEZ, "Métodos de evaluación en la rehabilitación del paciente psiquiátrico crónico. Ambito de aplicación en Psiquiatría Forense", en *Psiquiatría Legal y Forense (Vol. II)*, Colex, Madrid, 1994, pp. 851 y ss., José Miguel GOMEZ PAPI, "El internamiento del enfermo mental", en *Jornadas sobre Psiquiatría Forense*, Centro de Estudios Judiciales, Colección Cursos, Vol. III, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 265 y ss.

⁵⁶ Véase Jesús-María SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit., p. 19, y especialmente pp. 35 y ss., José CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, cit., pp. 68 y ss. En sentido contrario a los anteriores, véase Francisco MUÑOZ CONDE, "Las Medidas de Seguridad en sentido estricto: eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", cit., pp. 831 y s., el mismo, "Monismo y Dualismo en el Derecho Penal español", cit., pp. 236 y ss., Francisco MUÑOZ CONDE/ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *La Reforma Penal de 1983*, cit., pp. 81 y ss. En estos dos últimos trabajos, el citado autor establece que el inimputable no puede ser hecho de peor condición que el imputable, lo que en el terreno práctico obliga a mantener que no cabría medida de seguridad alguna cuando la pena prevista no fuera privativa de libertad. Asimismo, véase Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, pp. 77 y s.

⁵⁷ En este sentido, véase Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., pp. 32 y ss., José CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, cit., pp. 67 y ss., Jesús-María SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal*:

En definitiva, la formulación del principio de proporcionalidad *ex* arts. 6.2, 95.2 y 101-103 así como 104 CP, resulta totalmente rechazable, pues implica una confusión entre penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas del delito. El propósito de extender a las segundas las garantías de las primeras⁵⁸ no implica aceptar la confusión de planos entre ambas desde el punto de vista dogmático⁵⁹.

En este sentido, considero que uno de los ejemplos legislativos más acabados de la adecuada formulación del principio de proporcionalidad aquí predicada, es el recogido en el § 62 StGB anteriormente citado, en virtud del cual una concreta medida de seguridad no puede ser ordenada, a pesar de la peligrosidad existente, si no guarda proporción con la importancia del hecho cometido por el autor y de los que de él son de esperar, así como tampoco con el grado de peligro que emana de él⁶⁰. La citada disposición supone una estructuración del principio de proporcionalidad muy adecuada con base en dos argumentos fundamentales:

– Por un lado, no la relaciona con el hecho cometido, sino con éste (en la medida en que constituye indicio de la existencia de peligrosidad en el sujeto) y con el grado de peligrosidad que emana de él.

cinco cuestiones fundamentales, cit., p. 39, Luis GRACIA MARTIN, en Luis GRACIA MARTIN (coordinador) et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, cit., pp. 386 y ss.

⁵⁸ Como exige José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Presupuestos fundamentales del Derecho Penal*, cit., pp. 71 y ss., el mismo, “Imputabilidad y Nuevo Código Penal”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angel TORIO LOPEZ)*, Comares, Granada, 2000, pp. 310 y ss.

⁵⁹ A esta crítica de fondo añade Manuel AYO FERNANDEZ, *Las Penas, Medidas de seguridad y Consecuencias Accesorias*, cit., p. 250, una segunda consideración formal, por cuanto la formulación del citado art. 95.2 CP, parece aludir exclusivamente a los inimputables, al disponer “cuando la pena que hubiere podido imponerse (...)”, lo que en principio únicamente incluiría a aquellos sujetos que no fueron condenados por haber sido declarados exentos de responsabilidad criminal, quedando al margen los semiimputables. De acuerdo con el citado autor, la correcta dicción literal de dicho precepto debería de ser la siguiente: “cuando la pena que hubiese podido imponerse o que efectivamente se impuso por el delito, no fuere privativa de libertad (...)”. Sin embargo, dicha consideración tampoco resulta a mi modo de entender totalmente acertada, ya que al aludirse en el art. 95.2 CP a la pena abstracta, en el caso de un semiimputable, la posible atenuación de la pena puede alterar su naturaleza privativa de libertad (art. 71.2 CP en relación con el art. 99 CP).

⁶⁰ Para una ampliación sobre el particular véase Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 105 y s. Asimismo, véase Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 733 y s., Wolfgang FRISCH, “Dogmatische Grundfragen der bedingten Entlassung und der Lockerungen des Vollzugs von Strafen und Maßregeln”, *ZStW 102* (1990), Heft 4, pp. 771 y ss.

– Por otro lado, el citado § 62 StGB exige que la concreta medida de seguridad impuesta resulte idónea para el tratamiento de la peligrosidad del sujeto (principio de necesidad).

Un segundo aspecto implicado en el tenor literal del art. 6.2 CP, viene constituido por la cuestión acerca de cuál debe ser la correcta comprensión de la expresión “las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”.

El precepto plantea problemas desde un principio, ya que cabría preguntarse cómo determinar la mayor o menor onerosidad de una medida de seguridad en relación con la pena que hubiera resultado aplicable de no haber sido el sujeto considerado inimputable o semiimputable, tanto cuando penas y medidas son homogéneas como cuando son heterogéneas⁶¹. Ello plantea, en el marco de dicho precepto, una doble posibilidad que conviene analizar separadamente:

- Cabe, en primer lugar, que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido y la medida de seguridad sean de naturaleza homogénea (supuesto en el que ambas sean privativas de libertad, o aquél en el que resultando la pena abstractamente aplicable y la medida no privativas de libertad, su contenido sea el mismo).
- En segundo lugar, puede ocurrir que se trate de consecuencias jurídicas heterogéneas, lo cual se producirá tanto cuando nos encontremos con una pena privativa de libertad en relación con una medida no privativa, ya que el supuesto contrario no cabe en virtud del art. 95.2 CP (de no ser la pena abstractamente aplicable privativa de libertad no cabría postular la ejecución de una medida de seguridad de internamiento), como cuando siendo la pena abstractamente aplicable y la medida no privativas de libertad su contenido sea distinto (pena de privación del permiso de conducción frente a medida de tratamiento ambulatorio, supuesto en el cual, a pesar de ser ambas consecuencias jurídicas de naturaleza no privativa de libertad, su contenido difiere).

1) En principio, en el supuesto de que las penas y medidas de seguridad susceptibles de aplicación al caso sean de naturaleza homogénea, cabría acudir al criterio de la duración (reiterado en relación con las medidas de internamiento por los art. 101-104 CP) para determinar

⁶¹ En este sentido, en relación con el art. 4.2 Anteproyecto de Código Penal de 1992, véase Carlos María ROMEO CASABONA, “El Anteproyecto de Código Penal de 1992”, cit., pp. 12 y s.

cual de ellas resulta más gravosa⁶². Es decir, en este caso el parámetro que determinará la mayor o menor gravosidad será el de la extensión temporal de cada una de las consecuencias jurídicas.

Sin embargo, ni siquiera este argumento es aceptado de manera pacífica por nuestra doctrina. SILVA SANCHEZ⁶³, opone a dicha consideración el hecho de que la aplicación de una medida de seguridad lleva aparejada normalmente la imposición de un tratamiento terapéutico coactivo, lo que conlleva la mayor gravosidad de las medidas de seguridad a igualdad de duración con la pena, ante la superior injerencia en la esfera individual que las primeras implican.

Evidentemente, la referida mayor injerencia existe, pero ello no supone en mi opinión necesariamente una onerosidad más acentuada de la medida de seguridad en relación con la pena de naturaleza homogénea e idéntica duración a aquélla, pues en todo caso hay que tener en cuenta que tanto penas como medidas de seguridad están orientadas en virtud del mandato constitucional del art. 25.2 CE hacia la reeducación y resocialización y que, por lo tanto, la aplicación de concretos instrumentos terapéuticos en la ejecución de las segundas no debe percibirse necesariamente como un mal⁶⁴. Antes al contrario, se trata de una forma adecuada de tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto, condicionada en su concreta configuración en este caso, por la anomalía o alteración psíquica generadora de la apreciación de la eximente com-

⁶² Posición sostenida por Luis GRACIA MARTIN, en Luis GRACIA MARTIN (coordinador) et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, cit., p. 389, es decir, cuando el contenido de las penas aplicables al supuesto de hecho y el de las medidas de seguridad es análogo, el criterio de la duración temporal es el que condiciona la onerosidad de la concreta consecuencia jurídica adoptada.

⁶³ Véase Jesús-María SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit., p. 39, quien pone además de manifiesto la no extensión a sujetos privados de libertad en virtud de la ejecución de una medida de seguridad, de aquellos beneficios penitenciarios hoy reconocidos a los penados.

⁶⁴ Ya bajo el régimen anterior de medidas en el marco del cual cabía incluso la imposición de medidas de seguridad predelictuales, algunos autores consideraban que no resultaba predicable de las mismas el carácter de mal, con base en el específico contenido terapéutico que presentaban. Así, véase Diego-Manuel LUZON PEÑA, "Alcance y Función del Derecho Penal", cit., p. 25, quien considera que el carácter de mal no constituye un atributo imprescindible de las medidas de seguridad, pues éstas pueden consistir exclusivamente en un tratamiento corrector, curativo, psiquiátrico, desintoxicador, educativo, etc, sin ir acompañadas de privación de libertad, sino en régimen abierto. Obsérvese que en el texto lo que se rechaza es que "la aplicación de concretos instrumentos terapéuticos en la ejecución de las medidas (sic)" constituya un mal (dado que ese es el *plus* de intervención que se da en las medidas con respecto a las penas). Evidentemente, la medida de seguridad como tal podría conceptuarse como un mal, dado que en definitiva constituye una consecuencia jurídica de un delito materializada en forma de intervención coactiva.

pleta o incompleta, y que exige procedimientos específicos de intervención. En definitiva, frente al argumento de SILVA SANCHEZ cabría oponer, que de ser penas y medidas de naturaleza homogénea e idéntica duración, no cabe afirmar la mayor gravosidad de las segundas de manera absoluta, ya que la pena conlleva igualmente determinadas pautas de conducta coactiva, más allá de la mera privación de libertad.

2) La dificultad de concretar si efectivamente penas o medidas de seguridad resultan más onerosas en virtud de la dicción literal del art. 6.2 CP -resuelto en el caso de que ambas sean de naturaleza homogénea en atención al criterio de la duración temporal-, se acrecienta aún más si cabe en el supuesto de que ambas ostenten naturaleza heterogénea⁶⁵. En este caso, cabe plantearse cuál de ambas resultará más gravosa, si la aplicación de un tratamiento ambulatorio de duración determinada (dos años) o la de una pena de multa de nueve meses. En definitiva, y los ejemplos podrían multiplicarse en relación con las diferentes modalidades de penas y medidas de seguridad (comparación entre privación del permiso de conducir o de la licencia de armas y un arresto de fin de semana), se trata de concretar cuál deba ser el criterio a emplear para determinar la mayor o menor gravosidad⁶⁶.

Debemos partir de la consideración del art. 6.2 CP como una afirmación general o de principio, que ha de ser objeto de concreción individualizadora caso por caso. En virtud de lo anterior, me adhiero a la propuesta de *lege lata* formulada por GRACIA MARTIN y seguida por GARCIA ARAN, en el sentido de considerar que a los efectos estudiados el juez o tribunal sentenciador deberá tener en cuenta no sólo las circunstancias personales del sujeto sino también la finalidad específica de la medida. Condicionantes individuales, como la ocupación laboral

⁶⁵ Opinión mantenida por la mayor parte de la doctrina, véase Mercedes GARCIA ARAN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, cit., p. 143, Agustín JORGE BARREIRO, "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", cit., p. 356, Manuel AYO FERNANDEZ, *Las Penas, Medidas de seguridad y Consecuencias Accesorias*, cit., pp. 252 y s.

⁶⁶ En este punto, y de acuerdo con el argumento sostenido por Tomás S. VIVES ANTON, en Tomás S. VIVES ANTON et al., *Comentarios al Código Penal de 1995, I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 64, la prohibición de que la medida exceda de la duración de la pena sólo juega entre penas y medidas que tengan la misma o semejante entidad gravosa, pudiendo ostentar aquélla, en el caso de que la medida presente una gravosidad manifiestamente menor a la de la pena, una duración superior, criterio secundado por Mercedes GARCIA ARAN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, cit., p. 143. En relación con la dificultad para concretar el criterio de la mayor gravosidad de una u otra consecuencia jurídica, véase Agustín JORGE BARREIRO, "El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995", cit., pp. 184 y s.

del sujeto (cabe que la posesión del carnet de conducir sea requisito imprescindible para el ejercicio de la concreta profesión, con lo que la privación del mismo en ejecución de la medida de seguridad correspondiente, resulte en este caso fuertemente lesiva) pueden inclinar a considerar una medida en el caso concreto como más gravosa que una determinada pena aunque en abstracto pudiera parecer lo contrario⁶⁷.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que en el caso de que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido y la medida de seguridad sean de naturaleza heterogénea, no dispondremos ya de pauta comparativa concreta alguna (puesto que ponderamos situaciones e intervenciones diversas), por lo que el criterio de la duración no resulta ya suficiente con el fin de precisar la gravosidad. En mi opinión, una determinada consecuencia jurídica podrá ser en este supuesto más onerosa que otra, a pesar de la menor duración de la primera, cuando en una evaluación global de ambas se considere que representa una afeción a los intereses individuales de la persona mayor.

Una última cuestión ligada a la problemática aquí abordada es la de determinar si únicamente los formalmente conceptuados como delitos (sean graves o menos graves) dan lugar a la aplicación de medidas de seguridad⁶⁸, o si cabe su imposición aun concurriendo una mera falta⁶⁹. Hemos de considerar que la primera constituye la única opción válida, teniendo en cuenta la *ratio legis*. Siguiendo a GRACIA MARTÍN⁷⁰, dos son las índoles de las razones que motivan la exclusión de las faltas como susceptibles de dar lugar a la aplicación de medidas de seguridad.

⁶⁷ A pesar de que en la doctrina alemana es opinión generalizada que cabe imponer la medida de seguridad de privación del permiso de conducir sin necesidad de atender al principio de proporcionalidad tal como éste es conceptuado en el § 62 StGB, ello se debe a la específica configuración que ostenta en Alemania dicha medida, al establecerse únicamente en supuestos en los que el sujeto a través de la comisión del concreto hecho delictivo ha puesto de manifiesto la existencia de peligrosidad inherente a la utilización de vehículos de motor (§ 69 I 2 StGB). En este sentido, JESCHECK acepta la falta de vigencia del principio de proporcionalidad en relación con la retirada del permiso de conducir en Alemania, pero ello viene motivado por el hecho de que la aplicación de dicha medida de seguridad requiere la previa comprobación de la falta de aptitud del sujeto para la conducción. Véase Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 733 y s., Reinhart MAURACH/ Karl Heinz GÖSSEL/ Heinz ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband II. Erscheinungsformen des Verbrechen und Rechtsfolgen der Tat*, cit., p. 695.

⁶⁸ Posición sostenida por Agustín JORGE BARREIRO, "El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995", cit., pp. 181 y s.

⁶⁹ Opción que, sin embargo, ha sido admitida en algunas de sus resoluciones por nuestro Tribunal Constitucional. Así, en el Auto del Tribunal Constitucional 83/1994, de 14 de marzo.

⁷⁰ Véase Luis GRACIA MARTÍN, en Luis GRACIA MARTÍN (coordinador) et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., p. 380.

1. Por un lado, al emplear el Código Penal en la mayor parte de sus preceptos la expresión “infracción penal” cuando pretende referirse a las tres clases de infracciones previstas en el Código. Dado que los citados art. 95.1.1º y 6.1 utilizan exclusivamente la acepción delitos, cabría, a *sensu* contrario, entender que quedan excluidas las faltas.
2. Un segundo argumento en dicha dirección viene constituido por la relevancia otorgada al principio de proporcionalidad en la configuración de las medidas de seguridad. La dicción del art. 6.2 CP, al impedir que cualquier medida a aplicar pueda resultar más gravosa que la pena que hubiera podido imponerse al hecho cometido, supone de *facto* la imposibilidad de que las faltas den lugar a la aplicación de medidas de seguridad, ya que la mayor parte de éstas resultan más gravosas que las propias penas correspondientes a las distintas faltas tipificadas en nuestro CP.

IV. Principio de necesidad

Como pone de manifiesto SILVA SANCHEZ⁷¹, se trata de un principio esencial en el marco del derecho de medidas, implícito en el art. 6.2. CP, “las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

A través del citado principio se pretende que las medidas de seguridad den una respuesta adecuada a la finalidad preventivo-especial que constituye su razón de ser (con independencia de que en opinión de un sector doctrinal minoritario cumplan igualmente funciones de prevención general⁷²) y que no se conviertan en meras formas de retribución independientemente del tratamiento de la peligrosidad criminal (verdadero y exclusivo fundamento de la aplicación de cualquier medida a inimputables y semiimputables).

Como ya pusimos de manifiesto más arriba, este principio de necesidad viene igualmente formulado en el StGB, en concreto en su § 62, si bien, resulta preferible desde el punto de vista dogmático la fórmula

⁷¹ Véase Jesús-María SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit., p. 19.

⁷² Véase Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, cit., p. 104, quien afirma “la mayoría de las medidas surten también un efecto preventivogeneral y esto ha sido también tenido en cuenta por el legislador como fin secundario”.

recogida en nuestro art. 6.2 CP (en relación específicamente con el referido principio de necesidad), por cuanto alude directamente al término con el que hay que relacionar dicha necesidad de aplicación de medidas de seguridad que no es otro que la peligrosidad criminal.

Por otro lado, insistiendo sobre el particular, cabe subrayar que la necesidad de imposición de una medida debe valorarse en atención exclusivamente a la peligrosidad criminal del sujeto⁷³, y nunca a la gravedad del hecho delictivo cometido o a otros factores extraños a la propia esencia de dicha intervención penal.

Este principio de necesidad presentaría una doble dimensión: una positiva (consistente, como afirmábamos más arriba, en la imprescindible presencia de peligrosidad criminal al objeto de decretar la aplicación de medidas de seguridad)⁷⁴, frente a otra negativa, en virtud de la cual ausente toda peligrosidad criminal en el sujeto habría que dar por finalizada la aplicación de la medida, con independencia de que se haya logrado la curación efectiva del mismo⁷⁵.

⁷³ Así ha quedado establecido desde antiguo por un sector mayoritario de nuestra doctrina moderna que, bajo la vigencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social criticó la inclusión de supuestos de peligrosidad social como habilitantes para llevar a cabo una intervención de naturaleza estrictamente penal, como son las medidas de seguridad. En este sentido, véase Carlos María DE LANDECHO S.J., "Peligrosidad social y Peligrosidad criminal", en *Peligrosidad Social y Medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970)*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1974, pp. 247 y ss., Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., pp. 14 y s.

⁷⁴ Con base en lo cual, cabría responder afirmativamente a la cuestión de si cabe la imposición de una medida a un sujeto peligroso que comete un hecho delictivo de manera imprudente, puesto que aquí concurre peligrosidad en el sujeto, por un lado, y previa comisión de un hecho delictivo, por otro. En este sentido se pronuncia María del Valle SIERRA LOPEZ, *Las Medidas de Seguridad en el Nuevo Código Penal*, Tirant Monografías, Valencia, 1997, p. 72.

⁷⁵ La mayor parte de la doctrina entiende que el fundamento de la aplicación de medidas de seguridad reside primordialmente en el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto (si bien ello no obsta, en opinión de dichos autores, para el empleo en el marco del citado tratamiento de técnicas curativas, pero habiendo de quedar claro que tanto la duración como el resto de los accidentes ligados a la ejecución de las medidas de seguridad deben determinarse en función de la evolución experimentada por el sujeto en relación con su peligrosidad criminal). Frente a esta concepción, un sector minoritario considera que las medidas cumplen esencialmente fines terapéuticos y curativos (lo que redundaría necesariamente en su duración, pues cabe que la peligrosidad criminal haya remitido, pero no quepa afirmar la curación del sujeto desde un punto de vista médico). Véase en el primer caso, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción*, cit., pp. 33 y ss., el mismo, "La reacción penal en relación con la criminalidad de los enfermos mentales: el artículo 9.1 CP.", cit., pp. 123 y s., el mismo, *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, cit., pp. 69,

Desde un punto de vista abstracto, también cabría establecer una nítida diferenciación entre una necesidad genérica (dada la existencia de peligrosidad procede la aplicación de alguna medida de seguridad) y una necesidad específica (referida a la concreta medida de seguridad ajustada a la peligrosidad revelada por el sujeto y que constituye la única respuesta penal adecuada). Como acertadamente señala AYO FERNANDEZ⁷⁶ la necesidad de la medida en modo alguno se agota con su imposición inicial sino que se prolonga a lo largo de todo el periodo de ejecución de la misma. En definitiva, la necesidad constituye un criterio rector, no sólo en el momento de decretamiento de la medida, sino durante su vigencia, en aras a adecuar la respuesta que ofrece el ordenamiento a la específica peligrosidad criminal del sujeto en cada momento concreto (lo que jurídicamente daría lugar, en caso de estimarse procedente, a la correspondiente propuesta de sustitución, suspensión o cese por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria al juez o tribunal sentenciador *ex art.* 97 CP).

Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., pp. 77 y ss., el mismo, "El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el derecho español", cit., pp. 804 y s., Mercedes GARCIA ARAN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, cit., pp. 137, Luis GRACIA MARTIN, en Luis GRACIA MARTIN (coordinador) et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, cit., pp. 360 y ss. En posición aislada, consideraba procedente atender esencialmente al interés terapéutico, criterio propio de la Nueva Defensa Social que impuso sus concepciones en el Derecho Penal europeo en la década de los sesenta fundamentalmente, Erwin R. FREY, "El tratamiento de los delincuentes mentalmente anormales bajo el principio de responsabilidad penal", en *Los delincuentes mentalmente anormales, Tomo II, IX Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambios, Madrid, 1962, p. 341.

⁷⁶ Véase Manuel AYO FERNANDEZ, *Las Penas, Medidas de seguridad y Consecuencias Accesorias*, cit., p. 234.

⁷⁷ En relación con la configuración del principio de necesidad en el marco de la doctrina alemana, véase Wolfgang FRISCH, "Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem", cit., p. 378.