

LA CIENCIA PENAL EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE

LIBRO HOMENAJE A LOS PROFESORES
DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES
DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

¿SE JUSTIFICA LA APLICACIÓN COPULATIVA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD?

Francisco Maldonado Fuentes

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro entorno cultural es paradigmática la aceptación de un esquema de intervención penal de carácter compuesto, sosteniéndose casi uniformemente que las reacciones penales son tanto las *penas* como las *medidas de seguridad*.¹ Pero además de ello, es relevante considerar que un sector importante de la doctrina (que sin dudas calificaríamos como mayoritario), como también buena parte de las legislaciones, acogen la idea de que es posible imponer de manera conjunta y copulativa ambas reacciones, esto es, una pena y una medida de seguridad o corrección, en aquellos casos en que además de la culpabilidad puede afirmarse la peligrosidad del infractor.

Con ello no nos referimos a los casos en que se acepta que ambas formas de reacción penal puedan cumplir funciones acorde a fórmulas vicariables o de intercambio (aceptadas, esta vez, de manera uniforme), sino a aquellos en que la imposición de la pena se complementa con una medida de seguridad a ser satisfecha en forma conjunta o adicional, agregándose por ello una cuota de afflictividad al contenido que propone dicha sanción (la pena) con base en la culpabilidad.

Los problemas que plantea esta concreción de efectos de carácter compuesto son múltiples. Entre ellos destaca la propia pretensión de imponer una duplicidad de reacciones a partir de un único hecho delictivo (*bis in idem*),² el límite cuantitativo que propone *la medida* de la culpabilidad³ y,

¹ Curv' Urzúa, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, pp. 60 y 693; Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 229; Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 14 ss., 79 ss.; Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho Penal chileno*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, tomo I, p. 24; tomo II, pp. 371 ss.

² Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 81 ss.

³ *Ibid.*, p. 335.

fundamentalmente, la contradicción lógica que supone el tratar al mismo tiempo al individuo *culpable* como un *ente peligroso*.⁷

Esto es, dado la idea de que la imposición conjunta de una pena y de una medida de seguridad requiere de una justificación adicional, una que vaya más allá de las bases que individualmente llevan a suscribir cada una de estas formas de reacción. En este sentido, el contenido de dicha justificación se orienta directamente a anular o superar las dificultades o contradicciones que provienen de la consideración conjunta de ambas reacciones (en especial, las penas rescatadas) o, lo que es igual (si bien más preciso), de la concurrentia conjunta de los presupuestos que sirven para justificarlas individualmente. Se trata por ello de líneas argumentales que se mueven en un nivel diverso y necesariamente complementario a la justificación autónoma de cada forma de reacción.

Nuestro objetivo es pasar revista a estos planteamientos desde una perspectiva crítica a objeto de visualizar en base a su propio mérito los aciertos y dificultades que proponen como mecanismos de justificación.⁸ Para ello separaremos en tres los lineamientos gruesos que agrupan a las diversas formulaciones conocidas. En primer lugar, están quienes asumen que el marco de la justificación individual de pena y medida es suficiente para justificar una opción dualista. Otros siguen el camino de profundizar el contenido utilitarista que origina la consideración de las medidas de seguridad en el derecho penal, a partir de variantes de la tesis que considera que concurrente en estos casos un interés preponderante en la prevención del delito. Finalmente, un tercer grupo se orienta a profundizar las razones posibles de concurir en la propia individualidad de quien padece las medidas. Antes de empezar quisieramos llamar la atención sobre la permeabilidad actual de esta temática. Es conocida su relevancia en nuestros tiempos, constituyendo uno de los temas *de moda* que han conitado una

⁷ Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 95.

⁸ Sus diferencias también se reflejan en el campo de las consecuencias que se entienden justificadas bajo cada perspectiva, tanto en lo referido a la extensión que puede llegar a alcanzar la intervención dualista (en particular, la que conlleva la medida de seguridad) como en la intensidad que puede llegar a representar para los derechos del condenado.

⁹ Procuramos de esta forma minimizar el riesgo de caer en la común tentación de observar un punto de vista determinado por el solo hecho de partir de supuestos (preliminares) diversos. De esta forma, el análisis no se desarrolla desde la óptica de una perspectiva de corte monista, predispuesta a favor de la imposibilidad de sumar los efectos de ambas formas de reacción o de compatibilizar sus respectivos presupuestos.

atención preferente y creciente en la última década. Pero a la vez se trata de uno de los ámbitos que tradicional e históricamente generan desacuerdo y que, desde dicha condición, han logrado permanentemente tensionar a los modelos de sistematización y legitimación de la intervención penal.⁹

2. LA SUFICIENCIA DE LA JUSTIFICACIÓN INDIVIDUAL

a) La doctrina tradicional

a.1) *Fórmula propuesta*

Iniciamos esta revista con una descripción de las perspectivas más tradicionales de sustento de una reacción dualista como la reseñada. Y no tanto por su valor histórico, sino más bien por cuanto pareciera en buena medida aportar una base común aparte de las orientaciones que son sostenidas en la actualidad. De ahí que sean amplios los sectores que parecerían aún identificarse con estos contenidos, sea en forma total o parcial.¹⁰ Desde esta primera perspectiva se sostiene la posibilidad de recurrir copulativamente a penas y medidas de seguridad a partir de los propios argumentos que sostienen la aplicación de cada una de esas formas de reacción penal, entendiéndose que dicha base (individual) es suficiente para legitimar la aplicación de ambas consecuencias a partir de sus propios méritos individuales. En concreto, se postula que el derecho penal buscaría alcanzar sus fines a través de dos subsistemas independientes,¹¹ cada uno de los cuales gozaría de presupuestos y exigencias propios (y autónomos) que legitimaran su uso. A partir de ello es su concurrentia en una situación determinada lo que habilitaría directamente al uso de cada una de las consecuencias mencionadas.

⁷ Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 87; Robles Planas, Ricardo: "Sexual Predators. Estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad", *Indret* 4/2007, p. 14. Lo confirma el hecho que Von Liszt indicara ya en 1882 que "el combate energético contra la reincidencia es una de las tareas más importantes del presente" (el subrayado es nuestro), en *La idea de fin en el Derecho Penal*, ed. conjunta de Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad de Valparaíso Chile, Edeval, 1994, pp. 115 s.

⁸ Una comprensión del modelo bajo características que en lo esencial coinciden con dicho esquema se puede apreciar en Chile, en Falcon, Diego: "Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIX, 2007, pp. 237 ss.; y Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, pp. 92 ss. Desaca en este último caso el que esta descripción se realice a partir de una comprensión de las medidas de seguridad como un instituto que no debe formar parte del derecho penal.

⁹ No se trata en todo caso de dos subsistemas definidos conforme a la comprensión tradicional o clásica, sino en atención a las diferentes funciones concretas que sirven de pena y medida de seguridad, esto es, prevención general y prevención especial.

Sobre estas bases se concibe al dualismo como una fórmula compuesta en la que la medida de seguridad viene a llenar los ámbitos que la pena no puede cubrir en términos preventivos a partir de su imponible asociación con el presupuesto de la culpabilidad y con los límites naturales y jurídicos que dicha base plantea. Se la acepta, entonces, como una especie de instituto de natural aplicación en casos de imputabilidad (incluyendo la minoría de edad), semimputabilidad, originalmente en hipótesis de peligrosidad (social y criminal) es hipótesis de peligrosidad predictivas (o, mas bien, no-delictivas) y, por supuesto, para casos en que la *habitudinalidad*, la *retención* o la *retención* deictiva lleven a suponer la inutilidad e insuficiencia preventiva de la pena que debiere imponerse acorde a la culpabilidad.¹⁴

a.2) Valoración crítica

El problema de base que propone esta comprensión emana del hecho que se funda en una descripción de la interacción que supone el dualismo penal.¹⁵ Dicha conceptualización no se corresponde con los caracteres que lo configuraron originalmente como fórmula de síntesis (con la que se supera la llamada *lucha de escuelas*)¹⁶ y tampoco resulta compatible con la comprensión actual del papel que cumple este conjunto complejo de herramientas en el sistema penal.¹⁷ Con ello, resulta también desvirtuada su potencialidad autónoma para llegar a justificar una reacción dual como la que ahora comentamos.

El punto está en que el solo hecho de que pena y medida formen parte de un mismo contexto de intervención (el sistema de intervención penal) y que se orienten al tratamiento de un mismo problema hace que inevitablemente detengan relaciones e incidencias reciprocas en una medida que no permite asumir que se trata efectivamente de ámbitos que puedan desarrollarse en forma autónoma o independiente. Se trata de dos herramientas que concurren en forma complementaria a satisfacer los objetivos confiados al mismo y único sistema (penal).¹⁸

Por ejemplo, basta constatar que si bien es efectivo que frente a un mismo supuesto de hecho se puede sustentar un juicio concreto de culpabilidad y un pronóstico de peligrosidad, ambas afirmaciones suponen una conceptualización del individuo que resulta difícil de compatibilizar. Mientras la culpa-

¹⁴ Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 229.
¹⁵ Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 229.
¹⁶ Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 61 s.
¹⁷ Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 61 s.
¹⁸ Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 229.

Bajo esta comprensión la pena y la medida de seguridad presentan diferencias en su contenido esencial, fundamentos, finalidades y límites propios, ámbitos (todos ellos) que las dotan de plena autonomía para reclamar su aplicación frente a un mismo supuesto de hecho.¹⁰ En concreto, la pena se fundamenta y limita por la culpabilidad, persigue preponderantemente fines de prevención general (o retróbulvos) siendo conatural y definitivo de sus contenidos la mera imposición (intencional) de un mal. Por su parte, la medida de seguridad encuentra su fundamento en la peligrosidad, persigue fines de prevención especial, se limita (y también justifica) por la proporcionalidad,¹¹ conciliándose en sus contenidos aspectos de interés social (de prevención del delito) con finalidades que preponderantemente son regidas por un ideal terapéutico, en cuanto orientadas a la recuperación (social) del individuo a través del *tratamiento resocializador*.¹² En su caso, el objeto de la mera neutralización (aceptado por algunos pocos) también encuentra soporte en la peligrosidad, la prevención especial y, particularmente, a través de la justificación que proporciona la idea de proporcionalidad.¹³

¹⁰ García-Pablos de Molina, Antonio: *Derecho Penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, pp. 197-198; Sanz Moran, Angel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 39 s.; Silva Sánchez, Jesús María: "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en: *El Nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 28 ss. En nuestro país, véase Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 228; Garrido Monrú, Mario: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 334; Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, pp. 79 ss.; Novoa Montreal, Eduardo: *Curso de Derecho Penal chileno*, tomo II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 375.
¹¹ Se encuentran superadas las perspectivas de corte meramente utilitarias (la medida de seguridad se justifica exclusivamente por la satisfacción de fines preventivos especiales). Véase Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 85. Con ello el pronóstico de peligrosidad, aunque presente niveles determinantes, constituye un fundamento insuficiente para legitimar el recurso a las medidas de seguridad, siendo necesario, además, contar con un juicio de proporcionalidad favorable a dicha opción. A pesar de lo dicho es aun posible encontrar argumentaciones en tal sentido (Por todos, Landrove Diaz, Gerardo: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tecnos, Barcelona 1986, p. 79; y en Urribea Mora, Asier: "Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995", *RDPC*, 2ª época, N.º 8, 2001, p. 185.
¹² Silva Sánchez, Jesús María: "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en: *El Nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 27 ss.
¹³ Hoy en día es claro que la proporcionalidad sustituye a la función que la culpabilidad cumple en la pena en cuanto supuesto de justificación (y definición de "lo tolerable"). Por todos del mismo, Claus: "Franz Von Liszt y la concepción político-criminal del Proveccio Alternativo", en: *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 262 ss. Destaca asimismo Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dret* 3/2007, p. 33; y Sanz Moran, Angel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 125 (en este juicio donde se hace patente la tensión dialéctica entre libertad individual y seguridad colectiva). Otra opinión (en Chile) en Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, pp. 86, 89 ss.

Así se explica que ambas formas de reaccionar hayan tendido a imitarse en forma recíproca en el curso del siglo XX, a partir de las contradicciones que plantean sus presupuestos y fórmulas de legitimación. Basta ver que la crítica a las medidas predictivas logró con el tiempo motivar un consenso en torno a su rechazo y que éste se obtiene a partir de la consolidación del llamado *principio del hecho*,²⁵ supuesto que es propio del derecho penal de la pena y del todo ajeno a la natural perspectiva original que plantea las medidas de seguridad y su presupuesto centrado en la peligrosidad.²⁶ Estas mismas bases entretan la pretensión de imponer consecuencias de carácter indeterminado. Por otro lado, es claro que la aceptación de la aplicación de medidas para semimputables se ha basado en la vicariedad, mecanismo en el que se renuncia a la lógica de los *complementos* en miras a optimizar el aporte que la pena y la medida proporcionan para servir objetivos de prevención especial. Finalmente, la pretensión de aplicación autónoma de medidas para inimputables e imputables peligrosos ha ido permeando, aunque acompañada de fuertes resistencias que, con matices, han logrado conciliar (si bien de forma variable) espacios de consenso relativo. En efecto, el hecho de que ambos supuestos supongan una renuncia a contenidos limitados que emanan de la culpabilidad²⁵ ha motivado una permanente discusión acerca de la necesidad de considerar un complemento de legitimación.

²⁵ Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, p. 776; Falcone, Diego: "Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIX, 2007, p. 238; Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal. Parte General*, 2007, p. 81; Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/ Buenos Aires, 2009, p. 84; Horvitz, María Inés y López, Julián: *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 555.

²⁶ La posibilidad actual se impuso en atención a que sólo el delito expresa el desvalor que orienta al uso de la prevención penal, siendo equivalente la función que al respecto cumple en tanto a la medida de seguridad (Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Estado", *In Dret* 3/2007, p. 29; Silva Sánchez, Jesús María: "Medidas de seguridad sin imputación personal subjetiva: teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dret* 3/2007, p. 29; Silva Sánchez, Jesús María: "Consecuencias de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistémicos distintos de la imputabilidad", en López Barja de Quiroga y Zugaldia (coord.), *Doctrina y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 889 s. Esta característica fue la que gatilló su incorporación al derecho penal con venajas que van más allá del plano formal de las competencias judiciales. El propio Stobbe reconoce que el mayor aporte (y novedad) del dualismo radica en la posibilidad de gestión conjunta de pena y medida. Es claro además que ya era posible disponer la aplicación copulativa de pena y medida en base a la operatoria del sistema penal y administrativo policial (Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 331). Próximos Falcone ("Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, 2007, p. 237), quien vincula la fórmula a la pretensión de unificar un estatuto de garantías para ambas reacciones. ²⁷ Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 46.

bilidad constituye un juicio de valor que supone la aceptación (y afirmación) de un interlocutor válido, la peligrosidad presenta en este plano un carácter *neutral* en el que es del todo irrelevante la condición de persona o sujeto del individuo que es objeto de análisis. Se trata por ello de una afirmación que desconoce dicha condición y que por ello lleva a sustentar formas de relación con el individuo asumido en su perspectiva biológica, ajeno a las consideraciones que emanan de nociones como la personalidad, la autonomía y la propia idea de responsabilidad.¹⁹ Se confirma si constatamos que la aceptación de ambos supuestos lleva a la aplicación de medidas de heteroadministración respecto de individuos a quienes se les reconoce autonomía, lo que supone una contradicción evidente que no es fácil de resolver. Por otro lado, y en cuanto los límites que se desprenden de cada uno de estos supuestos son diversos, es claro que se pueden llegar a plantear ambientes de intervención justificada de diversa extensión o entidad, lo que plantea una contradicción adicional. En concreto, se propone un escenario en el que uno de los contenidos limitados concurrentes (aquél que pase a ubicarse en un estado inferior) debe necesariamente reconocer vigencia al otro (aquél que propone una intervención mayor), lo que, por definición, implica que, en los hechos, el primero carece a su respecto de reales virtudes limitativas.³⁰ Estos ejemplos son sólo muestras de que el dualismo, como mecanismo compuesto, no puede ser entendido como una fórmula compleja donde las ópticas concurrentes operan de forma complementaria, sino que constituye más bien un punto de equilibrio de dos lógicas diversas y en buena medida contrapuestas.²¹ De ahí que por definición se trata de un modelo que se estructura a partir de una relación de tensión, en la que ambas herramientas reconocen y promueven incidencias recíprocas, mostrando un desarrollo evolutivo que tiende por ello a la unificación.²² Desde esta perspectiva, la independencia que se postula para los subsistemas que lo componen no pasa de ser una lectura parcial y aparente de un sistema complejo de carácter compuesto que no es el fruto de una sumatoria de presupuestos y herramientas, sino de la interacción de ambos en pro de un objetivo común.

¹⁹ Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/ Buenos Aires, 2009, pp. 71 s.

²⁰ Ziffer, Patricia: *Medidas de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 45 ("si se admitiera la existencia de una segunda vía alternativa que autorizara a hacer todo lo que la primera prohíbe, dicho principio quedaría en una declaración vacía").

²¹ Para Frisch el camino *tradicional* presenta incongruencias en tanto se basan en contenidos que no dan cuenta de perspectivas de conjunto.

²² Por ello las discusiones que se suscitan hoy en día entre monismo y dualismo se reducen a la forma de como se concilian los espacios de interacción. Sanz Morán, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 43; Quintero Olivares, Gonzalo: "Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el proyecto de Código Penal", en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 131.

mación, es decir, algo que va más allá del mérito que aporta la peligrosidad, la necesidad de la medida y la proporcionalidad en su utilización.

También conviene considerar que en este mismo período se ha producido un claro y paulatino acercamiento en los contenidos y presupuestos de ambas formas de reacción.²⁶ A la ya mencionada exigencia de posibilidad que afecta al ámbito de las medidas de seguridad y el absoluto reconocimiento (constituye un mal para la pena un sustato básico como *sanciones*) constituyen un mal para el individuo,²⁷ se agrega el que se ha tendido a consolidar la orientación de la totalidad del modelo en torno a la prevención, lo que particularmente afecta a la caracterización que ha ido asumiendo el derecho penal de la pena a partir de la consideración de un conjunto de elementos que en términos materiales se encuentran indiscutiblemente asociados a la emisión de un pronóstico de reiteración delictiva.²⁸

Así lo demuestra la generalizada aceptación de fórmulas de condicionalidad de las condenas o de remisión de las mismas bajo regímenes de condicionalidad, la atribución de efectos atenuatorios frente a la ausencia de antecedentes penales, y la generalizada aceptación de que la pena privativa de libertad debe ejecutarse bajo regímenes de progresión (incluyendo una fase o etapa de libertad a prueba o condicional).²⁹ También se evidencia en los hitos más relevantes que han caracterizado a la conceptualización dogmática de la teoría del delito en torno a fines,³⁰ en el desarrollo de los fines de la pena y, en particular, en el que ha experimentado la exigencia sistemática de *culpabilidad*.³¹

²⁶ Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt 3/2007*, p. 17. Desiaca esic autor que esic *empalidecimiento* de las diferencias entre la medida de seguridad se debe fundamentalmente a la métrica del carácter sancionatorio de la primera y a su acercamiento a fines preventivo especiales. En el mismo sentido Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Buenos Aires, 2008, p. 50.

²⁷ Por todos, Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 47; otra opinión en Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, p. 92 (si bien con matices en p. 93).

²⁸ Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 44. Así lo sostiene también, y categoríficamente, Guzmán Dalbora (La pena y la extinción de la responsabilidad penal, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, pp. 88 ss.) si bien desde una perspectiva crítica.

²⁹ Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 57 ss.

³⁰ Paradigmático, Roxin, Claus: *Política criminal y sistema del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972, *passim*.

³¹ Sobre la configuración de la culpabilidad en clave preventiva, véase Jakobs, Günther: "Culpabilidad y prevención" en del mismo *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 73 ss.; Roxin, Claus: "Culpabilidad y responsabilidades como categorías jurídico-penales", en, del mismo, *Culpabilidad y Prevención*, Editorial Reus, Madrid, pp. 57 ss.; Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio: *Sobre el concepto de derecho penal*, Sección de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1981, p. 246. Sobre la configuración concreta

Hay que tener presente que esta consolidación del ideario preventivo encuentra sus raíces en la propia configuración del modelo en torno a dos formas de reacción. Si bien la pena (y con ello la retribución) parece triunfar en la *synthesis dualista*, en cuanto se ubica como la reacción principal o fundamental del sistema penal (el recurso preferente o, si se prefiere, la *regla general*), no por ello detenta una posición de predominio sobre sus caracteres definitorios. El punto está en que el recurso preferente a la pena no trasciende el que la medida y sus presupuestos quedan relegados a un papel secundario o auxiliar, sino todo lo contrario: su aplicación subsidiaria evidencia que el sistema se ha extendido formalmente a planes que la pena no puede alcanzar, reconociéndole un espacio de legitimidad propio, autónomo y, lo más importante, superior (o más amplio) respecto al que la pena puede cubrir y justificar. El solo hecho de que se acepte llegar a calificarla como una reacción *insuficiente* (a efectos de habilitar al uso de medidas de seguridad) demuestra que sus contenidos propios (naturales u orgánicos) no son los que definen los límites del modelo.

Con ello la sola aceptación del dualismo implica también aceptar que la pena deja de ser *el último recurso* con que cuenta el Estado para el control de la criminalidad (*la última ratio*) como también reconocer que sus límites (en especial, la culpabilidad) no proponen una *barra infranqueable para la política criminal*.³² Los límites del sistema pasan a ser determinados a partir de una óptica centrada en la necesidad preventiva, objetivo que, inevitablemente, pasa a regir (y desde esa posición, a incidir) la configuración de la totalidad del modelo.³³

Ahora bien, detenidos en este punto hay dos cuestiones que son relevantes de destacar. La primera dice relación con un antecedente que es de vital importancia para entender este fenómeno y sus consecuencias: la tendencia a la unificación no es en exclusiva el fruto de la necesidad de adoptar una decisión salomónica que incorpore ambas formas de reacción, sino que en-

de los presupuestos de la culpabilidad bajo las perspectivas de la prevención general negativa. Giménez, Enrique: "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?" en, del mismo, *Estudios de Derecho Penal*, 3^a ed., Tecnos, 1990, pp. 140-161, 146 ss., y en "El sistema del derecho penal en la actualidad" en, del mismo, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 175 ss.

³² En un sentido similar Falco, Diego: "Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, 2007, p. 236, destacando que "las medidas de seguridad constituyen verdaderamente *ultima ratio*".

³³ Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 73; Hassmer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 166; Mir Puig, Santiago: *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2^a ed., reimpresión, B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 67; Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio: *Sobre el concepto de derecho penal*, Sección de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1981, p. 252. Así se explica que a pesar de la contundencia de las críticas esbozadas sobre la mecánica de justificación propuesta por el positivismo criminológico sea usual encontrar en la literatura (incluso contemporánea) referencias concretas a que las medidas de seguridad tienen por fin neutralizar a la *peligrosidad criminal* del sujeto en tanto "ello resulta necesario" para el cumplimiento de los "fines de prevención (protección) social".

cuentra sus raíces en las propias debilidades que presenta la pena y la medida de complementos. Así, y como indica Frisch, la pérdida de influencia que experimenta el modelo retributivo de la pena (que es el que concurre originalmente a configurar el modelo dualista y que lleva a potenciar los aspectos preventivos en la pena) encuentra sus razones esenciales en la preensión de lograr plena coherencia con sus postulados constitutivos, lo que favoreció y potenció una percepción crítica sobre el alcance de sus efectos. Es un hecho que en el derecho penal clásico se ampliaban los contenidos del derecho penal *de la culpabilidad* en forma relativamente artificial para dar cabida a ins- titutos y respuestas que son propios de un derecho penal de la peligrosidad, al no existir medidas de seguridad ni instancias propiamente orientadas a dichas perspectivas,³⁴ dinámica que el pensamiento racionalista clásico pre- tendió (re)encauzar.

Otro tanto acontece con la óptica de intervención que plantea la medida de seguridad, pues también fueron sus propias insuficiencias naturales las que originaron una dura crítica a su legitimidad. Las dudas sobre la aser- vidad del pronóstico de peligrosidad, la histórica presencia de abusos mo- vados en la afirmación de necesidades preventivo-especiales o en calificacio- nes parciales (emanadas de los intereses de determinados grupos sociales) y excesivas (impositivas de valores o formas de ser) de este presupuesto (la peligrosidad) pasan, a corto andar, a constituir medidas de los riesgos que se debían enfrentar y que resultaban intolerables en un Estado de Derecho.³⁵ Es a partir de ello que se consolida la idea de exigir la satisfacción de principios como la legalidad, un estricto apego a la peligrosidad del delito diagnóstico- da y con ello a la necesidad de la medida de seguridad, la posibilidad de la jurisdiccionalidad y, finalmente, la proporcionalidad con el daño que se pretende prevenir, exigencia esta última que pasa a cumplir un papel deter- minante en la aceptación de este tipo de intervención.³⁶

³⁴ Lo destaca claramente Silva Sánchez, Jesús María: "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en, del mismo, *El Nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 23. Asimismo, en Chile, Novoa Montecel, Eduardo: *Cursos de Derecho Penal chileno*, tomo II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 372.

³⁵ Por todos, Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Estado de Derecho", *In Dnt 3/2007*, p. 10; Landrove Diaz, Gerardo: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª edición, Tecnos, 2002, p. 114. Originalmente ello no se percibió atendido que las medidas de seguridad fueron elaboradas bajo el prisma puramente utilitarista (propio del positivismo criminológico) donde no se discutió su fundamento ético-político, sus implicancias para el Estado de Derecho ni los problemas empíricos que ello propone.

³⁶ Por todos, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 165 ss. Puede verse un desarrollo monográfico sistematizado en García Arán, Mercedes: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 128 ss.; Jorge Barreiro, Agustín: "Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad

La síntesis dualista fue por ello una fórmula conclusiva que, en buena parte, ofrece un alivio para estas tensiones, pero que a la vez motiva la necesi- dad de encontrar un punto de equilibrio en el aporte que ambas reaccio- nes proponen para un objetivo común.

Lo segundo a considerar es que la radiación de los límites del sistema en torno a los objetivos de la prevención no decaía en una tendencia que lleve a proyectar una desaparición material del derecho penal de la pena o, si se prefiere, en una conceptualización que permita una virtual confusión de ambos aportes en una sola de ellas.³⁷ Pena y medida, en su configuración tra- dicional, siguen siendo consideradas necesarias en el mundo comunitario en cuanto se las concibe como herramientas que contribuyen en forma diversa a la satisfacción de un mismo y único objetivo, sin que ninguna de ellas pueda llegar a suplir el aporte que proporciona la otra a la globalidad del sistema.³⁸ En concreto, la doctrina ampliamente dominante rechazaba la idea de que la

en el Código Penal de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho", en VV.AA., *Homage to al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 567 ss.; Sanz Morán, Angel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 109 ss., 157 ss.; Liruela Mora, Asier, "Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995", *RDP*, 2ª época, Nº 8, 2001, pp. 168 ss. En Chile, Falcone, Diego: "Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, 2007, pp. 245 ss.

³⁷ La tendencia a la unificación debiese suprimir el contenido esencial de la pena, pues la radiación de los límites en torno a la prevención hace pensar que es suficiente contar con una reacción monista como la que ofrece la medida, cualquiera sea su denominación o etimología (Quintero Olivares, Gonzalo: "Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el proyecto de Código Penal", en *La reforma penal y penitenciaría*, Santiago de Compostela, 1980, p. 575). Sobre las razones de una eventual unificación véase, con detalle, Ziffer, Patricia: *Me- didas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 46 ss. La unificación se analizó a mediados del siglo XX en torno a sistemas de respues- ta única que combine el sentido de futuro de la escuela moderna y los principios asociados –en ese momento– a la retribución (sobre ello, véase Barbero Santos, Martín: *Marginalización social y Derecho reprobivo*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 5 ss.), *esfuerzos* que fueron rechazados a poco andar por incompatibilidades con el Estado de Derecho (indeterminación de la reacción, discrecionalidad en el tratamiento, etc.). Al respecto Novoa Montecel, Eduardo: *Curso de Derecho Penal chileno*, tomo II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 374 ss.

³⁸ Para Silva Sánchez sucede esencialmente porque se trata de instrumentos que *se muestran* en planos diversos, abordando la pena una dimensión de sentido y la medida el campo de lo empíri- co. Buscan enfrentar casos diversos a pesar de que lo hacen para satisfacer un mismo objetivo: la necesidad de proteger a la sociedad frente a hechos penalmente antijurídicos. Se debe entonces conservar la individualidad de ambas para dotar al modelo las soluciones que requiriere. Silva Sánchez, Jesús María: "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en, del mismo, *El Nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 22 y 32 y en Silva Sánchez, Jesús María: "¿Medidas de seguridad sin imputación personal subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías en niveles sistémicos distintos de la impu- tabilidad", en López Barja de Quiroga, y Zugaldía (coord.), *Logística y Ley penal. Libro Hommage a Enrique Baquero*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 889; en el mismo sentido Sanz Morán, Angel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal. Parte General*, 2003, p. 70. En nuestro país lo destaca claramente Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, pp. 61, 777.

medida pueda orientarse a fines de prevención general,⁴⁰ como también el que sea una respuesta capaz de transmitir contenidos de reproche o censura a partir de sus presupuestos.⁴⁰ Por su parte es claro que la exigencia de culpabilidad limita las posibilidades de la pena frente a necesidades de prevención propia del derecho penal.

De esta forma el aporte autónomo de pena y medida encuentra un punto de conexión en torno a la satisfacción de objetivos de prevención especial,⁴¹ lo que ha motivado un amplio reconocimiento de funciones intercambiables en torno a dichos objetivos donde resultan equivalentes, enuncies el motivo de conexión y a su vez la valúta que explica la interacción de ambas: el aporte que a este respecto produce la pena hace innecesario recurrir a la medida demandándose esta última ante las insuficiencias que a este respecto presenta la pena.⁴²⁻⁴³

⁴⁰ Así lo destacan Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt* 3/2007, p. 14; y Silva Sánchez, Jesús: "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en, del mismo, *El Nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 28. La misma uniformidad de pareceres recae que la media cumple de facto funciones preventivas generales, en el sentido que su aplicación (y ya su previsión) genera efectos concretos de carácter intimidatorio, y en su caso, de estabilización. Se trata de un efecto secundario, no intencional pero deseable. (Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad*, *Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 48).

⁴¹ Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 85; Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 31, 47 ss. (con matices en p. 48).

⁴² La prioridad asignada a la pena no se basa en exclusividad en la necesidad de optimizar la interacción penal a través de efectos asociados a la culpabilidad y, en especial, de carácter preventivo general (Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 38). Es más bien la sola afirmación de dicho supuesto lo que permite reclamar dicha preferencia en cuanto supone una exigencia de respeto y consideración a los espacios de desarrollo autónomos del individuo en un contexto constitucional regido por el respeto de las libertades individuales. La pena debe ser asociada a la interacción normativa a lo que se agrega el que, además, la medida conlleva un mayor contenido aflictivo (una mayor intromisión en las esferas de la autonomía individual). Véase, al respecto, Eicheberrry, Alfredo: *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 226.

⁴³ Con ello es claro que la aplicación de las medidas de seguridad no se funda en exclusiva en una valoración de su propia necesidad aisladamente considerada, sino que se trata de un desarrollo que tiene en cuenta el aporte (preventivo especial) concreto que proporciona la imposición de la pena. Es la insuficiencia preventivo especial de la pena la que determina los espacios que se reconocen a la medida de seguridad, existiendo un matiz de diferencia entre dicha evaluación y la que se concentra, a los mismos efectos directamente, en el límite de la culpabilidad. No se trata de un juego de palabras pues solo así se explica el abandono de la

Lo dicho también es sostenido por quienes entienden que ambas herramientas deben regirse por un mismo y único grupo de supuestos de justificación, rechazando con ello —entre otros efectos— que la medida pueda llegar a exceder la medida de la culpabilidad,⁴⁴ lo que confirma que en nuestro entorno cultural constituye una cuestión del todo asentada.⁴⁴ Todo ello explica por qué no es posible asumir tan sencillamente que los presupuestos de legitimación de pena y medida son suficientes para justificar la aplicación copulativa de ambas, pues con ello no se abordan ni explican las complejidades que propone su interconexión en torno a un mismo y único objetivo.

b) *El dualismo restringido o "flexible"*⁴⁶

b.1) *Fórmula propuesta*

Las observaciones expuestas no han decantado en exclusiva en un rechazo a la idea de que el sustento independiente o autónomo de pena y medida permite aceptar un dualismo de ejecución. Un sector de la doctrina ha pretendido hacerse cargo de las interconexiones antes advertidas bajo el entendido de que es posible conservar la propia independencia operativa de ambas herramientas. La idea de base es que estas han adaptado sus presupuestos estructurales (originales) a partir de los límites y restricciones que supone su consideración dual en un mismo sistema, lo que lleva a contenidos cuya legitimidad no se discute. Cada reacción habría incorporado por ello los efectos de la interacción dualista en sus propios parámetros de legitimación permitiendo hacer pervivir la idea de que son dichos presupuestos autónomos

idea de suprimir o sustituir la propia noción de culpabilidad y, lo que es más importante, el propio para la medida de seguridad.⁴⁴ Esta corriente denominada *nuevo monismo* sostiene dicha conclusión a partir de una virtual homología de los contenidos esenciales de ambas herramientas (constituyen por definición un mal para el individuo que es impuesto como reacción frente al delito y que persiga efectos preventivos) y de la convicción de que ninguna medida puede generar una condición cuya aflictividad supere a la que articsga el condenado culpable, parámetro que es asumido como referente de lo normal. Se postula un dualismo de regla y un monismo de ejecución en el que ambas herramientas cuentan con sus propios espacios de interconexión en miras a la mejor satisfacción (además) intercambiables en los espacios de interconexión con esta tesis a Muñoz Conde, Octavio de Toledo, Quintero Olivares y Zugaldía Espinar.

⁴⁴ En los modelos anglosajones se opta más bien por una dinámica mixta, constituyendo la culpabilidad el criterio que delimita los contornos del Derecho penal. Los contenidos preventivos asociados a casos de inculpabilidad son por ello excluidos del marco de referencia propio del Derecho penal, siendo en los demás casos integrados dentro de este sistema. Con ello la respuesta frente a situaciones como las que ahora nos ocupan se materializa a través de un aumento en la aflictividad y exigencia de la sanción procedente (esto es, de la pena).⁴⁶ Terminología tomada de Sanz Morán, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 45.

Sobre estas bases configura un modelo integrado que se alza del marco regulatorio estricto de la pena como también de los criterios que orientan a la medida de seguridad. Pero da un paso más, pues no se conforma con la tradicional exigencia que demanda el juicio de proporcionalidad para legitimar la medida de seguridad, en cuanto juicio centrado en un análisis sobre la racionalidad del sacrificio que supone la medida en relación al mal que se pretende evitar, recurriendo en su lugar a contenidos más generales. A este respecto señala: "habría de usarse de medidas regidas por un criterio de proporcionalidad que de determine -valorativamente- el momento en que el riesgo de reincidencia pasa a ser asumido por el conjunto de la sociedad. Como parece razonable que tenga lugar en el marco de un Estado de Derecho que disponga una distribución equilibrada de cargas entre individuo y sociedad".⁵² Se trata en el fondo de un ejercicio ponderativo que se descansa en un nivel diverso, y que pone de relieve que la decisión sobre la proporcionalidad de la medida de seguridad no se desarrolla sólo en función (y en atención) al peso específico de los intereses particulares en juego.

A partir de este supuesto, Silva Sánchez descarta que el modelo pueda llegar a instancias extremas, asumiendo, por ejemplo, que la incoutación consunye una "distribución desequilibrada de cargas en perjuicio del punitivo", toda vez que las consideraciones que deben brindarse a los derechos fundamentales de la persona exige mantener siempre la posibilidad de "re-socialización" (reinscripción) a partir de lo cual concluye que la sociedad siempre debe "estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad".⁵³

Lo dicho deja en claro que este autor sostiene la posibilidad legítima de aplicar medidas de seguridad en forma copulativa y superponer a una pena (superando con ello los límites que propone la culpabilidad), al menos, en casos de habitualidad asociada a casos de criminalidad grave, sin que dichas reacciones lleguen a sobrepasar los límites que el Estado ha asociado con las esferas de su propio riesgo.⁵⁴ Si bien considera *desirable* procurar evitar la duplicidad de reacciones (para lo cual adhiera a la general tendencia a recurrir a fórmulas de vicariedad), entiende que dicho objetivo solo resulta posible de satisfacer en casos que ambas reacciones presenten grados de coincidencia. En los demás casos el exceso que puede presentar la medida de seguridad quedará cubierto y legitimado por sus propias bases de justificación.

Los que permitirían justificar una ejecución complementaria en caso que dichos límites concedan espacios de actuación diversos a pena y medida.⁴⁷ A este respecto quisieramos destacar el planteamiento defendido por Silva Sánchez, en tanto propone una caracterización del dualismo que se hace cargo de buena parte de las observaciones antes formuladas y da un paso más. Comparte, en primer lugar, el que ha sido la propia evolución histórica de los modelos penales, la que permite llegar a aceptar el dualismo como fórmula de reacción penal, en cuanto es claro que han cambiado las condiciones originales que llevaron a objetarlo.⁴⁸ Entiende también que en dicho desarrollo han sido determinantes los acercamientos experimentados entre ambas reacciones, destacando tanto el papel que al respecto cumple la irrupción de la prevención en el ámbito de la pena, como también el hecho de que la medida ha dejado de ser considerada como una especie de terapia neutral, carente de contenido allicativo o perjudicial para los intereses del individuo que las padece.⁴⁹ Por otro lado, advierte que ambas herramientas cuentan con un sustento de legitimidad que supera la mera aplicación consecuencialista o utilitarista en base a fines sociales, sea que se radique en la culpabilidad (respecto a la pena) o en la exigencia de adecuación a una regla de proporcionalidad (aplicable a la medida de seguridad),⁵⁰ sosteniendo asimismo las razones por las cuales entiende que ambas son igualmente necesarias y deben por ello conservar su propia individualidad.⁵¹

⁴⁷ En esta dirección destacan las posiciones de Silva Sánchez, Jesús: "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en, del mismo, *El Nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997; el mismo: "Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión", en *EPJ*, vol. XXV, Santiago de Compostela, 2005, pp. 335-360; también publicado en *VVA*, *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Bogotá, 2005, pp. 567 ss.; y Sanz Morán, Ángel: "El tratamiento del delincuente habitual", *Política Criminal* N° 4, 2007, pp. 1-16, *www.politicacriminal.cl*; el mismo "De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso", en *VVA*, *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1085-1101; y en 2003, en España, y de Frisch en Alemania.

⁴⁸ Entiendo que hay un tránsito desde lo utilitario a un modelo compatible con el Estado de Derecho centrado en frenos al mero utilitarismo, desarrollo que permitiría superar la carencia del modelo resultante como uno que resulta *entendiblemente* aquejado por un estado de crisis. En este sentido, también, Sanz Morán, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 84 s.

⁴⁹ Silva Sánchez, Jesús: "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en, del mismo, *El Nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 25.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁵¹ Silva Sánchez, Jesús: "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)", en, del mismo, *El Nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 25.

Valladolid, 2003, p. 70; el mismo: "De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso", en *VVA*, *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1087.

⁵² Silva Sánchez, Jesús: "El retorno a la inocutación", en *VVA*, *Homenaje al Dr. Mariano Barbo Sanjos*, Universidad Castilla-La Mancha / Ediciones Jurídico-Penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en *VVA*, *Homenaje al Dr. Universidad Salamanca*, Cuenca, 2001, p. 709.

⁵³ *Ibid.*, p. 710.

⁵⁴ En el mismo sentido, Sanz Morán, Ángel: *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 84 s., quien lo vincula específicamente a la subsidiariedad y a la proporcionalidad.

debe concluirse necesariamente que la proporcionalidad no puede a la vez cumplir el mismo papel, invirtiéndose la conclusión en caso contrario.⁵⁶

Por ello la única forma de explicar la presencia de dos límites escalonados de aplicación subsidiaria es contar con un parámetro que recurra a una base diversa de legitimación capaz de precisar y justificar cuando podemos pasar del uno al otro. Esta necesidad parece inuirse en la postura de Silva Sánchez por el hecho de que propone considerar parámetros de valoración de la proporcionalidad que se apartan de la tradicional comparación entre el contenido activo de la medida de seguridad y el riesgo o peligro que se desea evitar. Dicha de ello es claro que no considerar que dicha fórmula constituya un ejercicio suficiente para justificar un exceso por sobre la culpabilidad, debiendo para ello ponderarse las definiciones generales que adopta la sociedad sobre sus necesidades de seguridad o protección y que además se está dispuesta a conceder a la autonomía del individuo. Es precisamente este último valor el que dicho autor esuma sacrificable para hacer que el individuo soporte el riesgo de comisión de un nuevo delito, riesgo que en algunos casos la sociedad consideraría (más bien decidiría) que no debe soportar.

De esta forma, este ejercicio ponderativo no puede ser entendido como un criterio alternativo que sustituya al anterior, sino que corresponde a un análisis diverso al que propone la idea de proporcionalidad. Se trata de una valoración paralela y complementaria que precisamente coloca a un lado de la balanza a la propia culpabilidad (como referente de la autonomía individual) y al otro lado a las necesidades de prevención y seguridad.⁵⁷ El único parámetro de control radicalmente entonces en que dicho sacrificio pueda ser considerado "razonable".⁵⁸

Este análisis empalma con el contenido de lo que se ha dado en llamar como *principio del interés preponderante* y da lugar a una fórmula alternativa que reconoce formalmente la necesidad de recurrir a componentes adicionales a los que proporcionarían las lógicas de justificación individuales de la pena y de la medida de seguridad en caso de aplicación copulativa de

⁵⁶ De ahí que el problema que enfrentan estas construcciones sea lograr explicar en que consiste y que funciones cumple el límite de la culpabilidad, en cuanto es el propio sistema el que pareciera desacreditar dicha propiedad. Muy gráfico Frisch quien en una muestra de ello destaca (a nivel abstracto) que en los casos en que culpabilidad y prevención especial se muestran muy contrapuestos se debe abandonar la vinculación del modelo a la culpabilidad. Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en las teorías de la pena, configuración material jurídica del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho". *In Dnt 3/2007*, p. 20. Conviene recordar al respecto, como hace Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Fronteras de justificación en derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 39, que "la función tradicional asignada en derecho penal al principio de culpabilidad es la de contrarrestar los atanes preventivos de la sociedad".
⁵⁷ Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 105.
⁵⁸ Silva Sánchez, Jesús María: "El retorno a la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en VV.AA. *Homenaje al Dr. Maimo Barbero Santos. In Memoriam*. Ediciones Universidad Castilla-La Mancha / Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 710.

A nuestro juicio este planteamiento no logra resolver satisfactoriamente algunas de las observaciones antes esbozadas. En primer lugar parece claro que en el funcionamiento de esta dinámica de justificación no resulta posible desligar el marco de garantías que se proponen para caracterizar el uso de la medida de seguridad de algunos de los riesgos tradicionales que plantea la consideración de la peligrosidad, particularmente teniendo en cuenta que el argumento de estricta necesidad y la propia proporcionalidad son, en definitiva, instancias ponderativas permeables a las valoraciones de entidad que puedan proponerse respecto de las necesidades de prevención. Se trata de una estructura plena-respuesta que se pueden llegar a esumar tolerables, lo que la ubica muy lejos de los objetivos limitativos o de control que se esgrimen como argumento basal.

Queda en evidencia en cuanto Silva Sánchez reconoce formalmente la necesidad de considerar elementos de valoración que, a fin de cuentas, llevan a definir *lo tolerable* a partir de una decisión de evidente carácter político y que, por lo demás, admite llegar a cargar al individuo con parte (y buena parte) de los riesgos que manan de un supuesto que no le resulta atribuible en modo alguno.

Pero más relevante aún parece el que se propone una conceptualización de la proporcionalidad que plantea una razón adicional para apreciar una contradicción directa con la propia culpabilidad y sus límites. No sólo mantiene el problema de la aceptación de la aplicación de medidas de seguridad adicionales a la pena hace que pierda todo sentido, y con carácter general, la propia regulación de la culpabilidad como límite. Además de ello (y por lo mismo), se atribuye a ambos conceptos una función definitoria idéntica, cual es, determinar la forma como se van a distribuir los costos y cargas sociales que emanan del delito.⁵⁹ Esta coincidencia en el plano de lo material obliga a dudar por uno de ellos en casos de contradicción, siendo inevitable concluir que la primacía de cualquier otra cosa que pierda todo sentido la consideración del otro como instancia delimitativa. En efecto, de aceptarse el límite de la culpabilidad como fórmula que determina cuando es el individuo el que debe soportar los costos del delito y cuáles son de carga de la sociedad,

⁵⁹ Se toma como premisa que las relaciones personales en sociedad se definen a partir de la idea de autonomía a consecuencia de las exigencias que impone el principio democrático. Muñoz Conde lo expresa con claridad recordando que dicha noción es más bien un concepto que se define conforme a los caracteres de cada lugar y momento histórico (superando con ello cualquier perspectiva ontológica que, a decir verdad, y más allá de sus debilidades, poco aporta a su caracterización concreta), estructurándose los espacios de desarrollo autónomo de cada individuo en base a un punto de equilibrio que sitúa el marco (lugar y extensión) de desarrollo de la libertad individual, que se refleja de manera precisa en el concepto de culpabilidad. Dicha noción constituye por ello una válvula que opera a estos efectos como criterio definitorio, que separa los ámbitos de la libertad de los que definen el marco de la responsabilidad (aquello que se nos puede exigir). Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal y Control Social*, reimpresión de la 2ª ed., Colección Monografías Jurídicas Nº 98, Temis, Bogotá, 2004, pp. 53 s., 58. En el mismo sentido Roxin, Claus: "Que queda de la culpabilidad en el derecho penal", *CPC Nº 30*, 1986, p. 686.

ambas herramientas, contenidos que por ello se confirmarían como insuficientes a dichos efectos.

3. LAS FUENTES EXTERNAS DE LEGITIMACIÓN

a) *El interés preponderante en la prevención del delito*

a.1) *Formula propuesta*

Las tesis que buscan justificar las medidas de seguridad detrás de la lógica de la ponderación de intereses (y, más precisamente, en la lógica de la ponderación de prevención del delito) concitan en la actualidad el mayor campo de adhecciones, constituyendo sin lugar a muchas dudas la doctrina mayoritaria o dominante en esta materia.⁵⁹⁻⁶⁰ La formulación originaria de la tesis se atribuye a Nowakowski⁶¹ y data de la década del 50. La idea central consiste en asumir que se puede recurrir a las medidas de seguridad "cuando las necesidades públicas de seguridad frente a la peligrosidad del delincuente pesen más que los derechos individuales de este".⁶² Se trata de un ejercicio de ponderación de intereses que confronta los *derechos del individuo* y el interés público de prevenir delitos.

⁵⁹ Dicha calificación se constata por Cano Paños, Miguel Ángel: "El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad en el Derecho penal alemán", en *CPC* N.º 91, 2007, p. 258; Figueroa Díaz, Jorge de: *Derecho Penal. Parte General*, Coimbra Editora, 2004; Sanz Morán, Ángel: "Sobre la justificación de las Medidas de Corrección y Seguridad", en Jorge Barreiro, Agustín (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson / Aranzadi, Madrid, 2005, p. 973; Patriccia, *Medidas de seguridad. Fronterizas de peligrosidad*

en *derecho penal* Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 78. Entre otros, adhieren a ella Koxim, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 43 y 104 y ss.; Jeschek, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed. renovada y ampliada, Comares, Granada, 2002, pp. 865 s., 877, este último en base a un contenido incorporado sólo en la 5.ª edición, manteniéndose Jeschek, en las ediciones anteriores, es- trictamente apegado a una tesis centrada en la constatación de un *abuso de la libertad*.

⁶⁰ En términos estrictos debemos reconocer que la mayoría sostiene un fundamento diverso, recurriendo a contenidos diversos para legitimar las medidas alternativas o sustitutas de pena las que se imponen en forma complementaria a la misma. Es en este último plano donde el *interés preponderante* es acogido en forma predominante por la doctrina, recibiendo escasa aplicación en los demás casos. De ahí que proponga una especial caracterización para el exceso por sobre la medida de la culpabilidad. Así se aprecia, por ejemplo, en Cerzo Mir, José: *Curso de derecho Penal español. Parte General. Introducción*, 6.ª ed., Tecnos, pp. 36 s.; Gracia Martín, Luis: "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes impuables peligrosos en el Estado de Derecho" en VV.AA., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimber-nal*, tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 988 s., 997; y en Stratenwerth (uno de los principales defensores de esta tesis). En un sentido similar en Chile, Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 87.

⁶¹ Figueroa Díaz, Jorge: *Derecho Penal. Parte General*, Coimbra Editora, 2004, p. 92.
⁶² Sanz Morán, Ángel: "Sobre la justificación de las Medidas de Corrección y Seguridad", en Jorge Barreiro, Agustín (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson / Aranzadi, Madrid, 2005, p. 973.

como parte de la función—más general—de dar protección y seguridad a la generalidad de la población.

La ventaja de este planteamiento—precisa Nowakowski—es que el criterio propuesto va más allá de la mera exigencia de utilidad social ("beneficio para la comunidad") radicando lo que denomina la "justificación moral" de las medidas de seguridad en el (indubitado) "mayor peso" que debe cobrar el interés público en prevenir futuros delitos, todo ello como resultado de un ejercicio concreto de ponderación.⁶³ Se postula por ello que en los demás casos "la sociedad tiene que asumir el riesgo de ulteriores delitos", lo que en concreto significa que una baja peligrosidad o una baja gravedad del delito constituirían bases insuficientes de justificación, configurando a las medidas de seguridad como una herramienta de excepción. Esta es en concreto la única diferencia que plantea el ejercicio de ponderación con la sola referencia a la utilidad social.

Como podrá apreciarse, Nowakowski no alcanza a desarrollar en su planteamiento referencias concretas a algún criterio u orientación que nos permita determinar (o siquiera intuir) en términos más precisos, o de forma más objetiva, cuándo nos encontraremos frente a este "mayor peso" del interés público de prevención, en algo que vaya más allá de una genérica valoración de la peligrosidad y de la gravedad del delito. De hecho, y en cierta medida reconocido que se concede dicha decisión como una cuestión política criminal radicada en los ámbitos decisorios del legislador, especifica que se trata de una contraposición del interés social comprometido con el valor y la dignidad del hombre, asumiendo que "cuando más alto precio reciban (estos últimos) por parte del ordenamiento jurídico, más se estrechará el círculo de delitos frente a los que vienen en consideración a las medidas".⁶⁴

En la actualidad se atribuye a Stratenwerth haber desarrollado una estructura que permite darle una mayor concreción a la formulación original. Dicho autor también parte de la base de que la peligrosidad del individuo (como presupuesto) y la idoneidad de la medida (como cualidad) no bastan para justificar injerencias en los derechos y libertades, especificando que la insuficiencia de dichos parámetros radica en que sólo aportan un contenido parcial en la definición de cada uno de los elementos que debe ser ponderado para atribuir a un fundamento. "Lo decisivo (es) determinar si el peligro que emana del autor para intereses jurídicamente protegidos tiene tanto peso como para que aparezca razonable la injerencia en sus de-

⁶³ La mayor "ventaja" que presenta a estos efectos es que, en general, dicho interés global siempre puede llegarse a ser considerado de mayor valor que el contenido concreto que se estima sacrificable. Como indica Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 90, el "voraz apetito de la defensa social" (...) tiene una "magnitud (...) incommensurable".
⁶⁴ Sanz Morán, Ángel: "Sobre la justificación de las Medidas de Corrección y Seguridad", en Jorge Barreiro, Agustín (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson / Aranzadi, Madrid, 2005, p. 973.

rechos personales, necesaria para repicar ese peligro",⁶⁵ elevándose aquel como un "interés público preponderante".⁶⁶

La mayor concreción que se atribuye a la aportación de Stratenwerth consiste básicamente en que se ocupa de precisar criterios que permitan desarrollar dicho ejercicio agregando a los ya mencionados (la entidad del interés público en evitar los potenciales daños configurados en atención a su gravedad y a la probabilidad de su comisión) el que debe considerarse en particular contenido de gravedad de la medida de seguridad, incluyendo en ello su actividad concreta (no sólo su duración) y su naturaleza. Agrega el deber de verificar si además de servir una finalidad general, su ejecución mira también en beneficio del mismo sujeto.⁶⁷ Desiaca asimismo que la ponderación debe realizarse conforme a los caracteres de caso a caso en concreto, sin que sea posible aventurar o anticipar conclusiones o valoraciones en base a supuestos abstractos de nivel general.⁶⁸

a.2) *Valoración crítica*

A simple vista parece relativamente evidente que el desarrollo expuesto no proporciona elementos de juicio que permitan avanzar en forma decisiva en una línea de justificación. Y no se trata sólo de una cuestión que afecta a la insuficiencia de los contenidos propuestos para el desarrollo de la ponderación,⁶⁹ sino de una de carácter estructural.⁷⁰ Hay que tener en cuenta que la tesis del interés preponderante constituye en el fondo una reformulación de la perspectiva utilitaria, de la cual sólo se distingue por el hecho que plantea una relación concreta de justificación que debe ser sometida a análisis en lugar de presumirla en base a la sola afirmación de razones de mera utilidad o necesidad social. El aporte que de ello se extrae es el *reconocimiento* que supone de que el interés social que sea sustentado debe ser incorporado dentro de uno de los platos de la

⁶⁵ Stratenwerth, Günther: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 44.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 43.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 44. En el mismo sentido Sanz Moran, Angel: "Sobre la justificación de las Medidas de Corrección y Seguridad", en Jorge Barreiro, Agustín (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourillo*, Thomson / Aranzadi, Madrid, 2005, p. 973.

⁶⁸ Stratenwerth, Günther: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 44.

⁶⁹ Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt 3/2007*, p. 23, pone de relieve que a la hora de empender la tarea de proponer una mayor concreción el grueso de las opiniones recurre básicamente a los mismos criterios elaborados por Exner en 1914 en base a una perspectiva netamente utilitarista siendo fácil por ello prever que no se atribuirá a conclusiones aceptables. Por todos, Schünemann, Bernd: "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en del mismo (coord.), *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 163, nota 39, quien considera que un ejercicio como el propuesto es no solo insuficiente sino además incorrecto.

balanza. Por sobre ello las diferencias son claramente difíciles de apreciar pues, en términos materiales, se propone una base de sustento a partir de la afirmación de que la medida de seguridad es "nül" (idóna y requerida o necesaria) para la "defensa de la sociedad".

Se trata de una cuestión de matices que vale la pena precisar. Para el positivismo y la defensa social es la eficacia lo que opera como criterio determinante (en cuanto más efectiva sea la intervención más razonable es su uso)⁷¹ mientras que en este caso pareciera que dicha valoración es considerada insuficiente. Se debe demostrar además que dicha herramienta (nül, por cierto) es necesaria, es decir, que cumple un objetivo requerido que no se puede alcanzar de otra forma, valoración que es adoptada a partir de una definición normativa centrada en el interés general de protección de la sociedad.

Esta constatación permite claramente diferenciar este análisis del que propone el principio de proporcionalidad (como ya se sostiene en la postura de Silva Sánchez). En ambos casos se desarrolla una misma mecánica de aproximación que por lo demás también se orienta al objetivo de determinar el marco de lo tolerable. Sin embargo es en el ámbito de los contenidos sujetos a la ponderación donde se pueden apreciar diferencias sustanciales entre ambos conceptos, concentrándose la tesis del interés preponderante en las dimensiones sociales que caracterizan a la ejecución de un ilícito penal.⁷² Como anticipamos no se trata en este caso de sopesar el valor del bien que se sacrifica con el concreto cuya afectación *mas que probable* se pronostica a partir del juicio de peligrosidad, sino del interés social que concurre en su protección, referente diverso y de evidente contenido general.⁷³ Lo más relevante, sin embargo, es que la formulación deja en claro que la afirmación de que concurre un interés preponderante se realiza respecto al papel y significado que cumple la culpabilidad, constituyendo éste y no el contenido resicutivo de la medida de seguridad el referente que se precisa-

⁷¹ Por todos, Casabo Ruiz, José Ramón: "El fundamento de las medidas de seguridad", en VV.AA., *Peligrosidad social y medidas de seguridad. La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970*, Colección de Estudios, Universidad de Valencia, 1974, pp. 48 s.

⁷² En Roxin se aprecian claramente las diferencias conceptuales. No obstante ello el plan-teamiento no aparece directamente dissociado del criterio de proporcionalidad entendiendo este autor que es este principio el que cumple y satisface la tarea de concretar la ponderación de bienes comprometida, planeando con ello un grado de concreción mayor. Entendido de esta forma, la proporcionalidad cumple una triple perspectiva: sustituye a la culpabilidad en cuanto fundamento personal (mercedemente) y en cuanto medida límite de la intervención (prohibición de exceso), pero además pasa a constituir la base de justificación de las MSC, al concretar o servir de puente a la resolución de la colisión implícita en la ponderación de intereses.

⁷³ Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt 3/2007*, p. 33.

frente a un *fraude*, pues parece claro que carece de todo sentido sustentar un límite (la culpabilidad) donde la orientación resurgida (la prevención) cuenta con plena virtualidad para llegar a suparlo.⁸⁶

A partir de esta contundente objeción se desartulan reacciones diversas. Se opta en algunos casos por agregar elementos de legitimación adicionales;⁸⁷ otros buscan más bien profundizar en la precisión de los criterios, elementos e incluso del ámbito de incidencia de la ponderación.⁸⁸ Un tercer grupo pretende sustituir el referente colectivo (el interés "público" preponderante) por la lógica de la colisión de derechos; y, finalmente, un cuarto grupo se inclina por renunciar a la búsqueda de referencias externas fijando nuevamente la atención en razones vinculadas al mérito personal. Abordaremos, sintéticamente, estas dos últimas orientaciones.

de *anular* a partir del mayor valor de los intereses generales.⁷⁴ Así se ratifica expresamente por algunos de los partidarios de esta tesis⁷⁵ y se confirma si recordamos que el objetivo perseguido a través de su formulación es precisamente llegar a justificar la aplicación de una medida de seguridad por *sobre el límite de la culpabilidad*.

Este carácter o función —que ya advertimos— ratifica una *vocación* netamente utilitarista o, si se prefiere, el que a nivel material cumple un papel plena función a una perspectiva que da crédito a zonas de mera utilidad social por sobre el contenido de las garantías individuales.⁷⁶ Consta por ello una fórmula que sólo formalmente plantea una base de justificación, pero que a fin de cuentas carece de contenido material realmente contrastable, lo que se refleja en un nulo rendimiento a efectos limitativos.⁷⁷ En los hechos la tesis se limita a proporcionar una especie de motivo, una *razón* cargada de elementos retóricos o argumentativos, que no parecen ir más allá del objetivo de dotar a estos casos de una apariencia de legitimidad.⁷⁸

De ahí que el solo hecho de recurrir a "la protección de la libertad y seguridad de todos, es decir, de la prevención del delito",⁷⁹ como interés que en concreto se contraponen (y debe contraponerse) a la idea de culpabilidad, traiga a colación nuevamente la idea de que estamos

⁷⁴ En este sentido, concretamente, Sánchez, Lázaro ("Un problema de peligrosidad post delictual. Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad", en *RP* N° 17, 2006), pp. 150 s.) quien pone de relieve que el uso de este criterio lleva a obviar por completo el significado de la *dignidad humana*, representado precisamente en la *culpabilidad*.

⁷⁵ Por todos, Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 106, quien expresa que la dinámica de "ponderación de intereses" se desarrolla en las necesidades de protección social y el valor y la dignidad del individuo.

⁷⁶ En este sentido Schünemann destaca que dicho criterio "no aporta nada a la prevalencia del interés estatal de aseguramiento realizado con las medidas a costa del interés individual", pues al encontrarse referido dicho principio en exclusiva a las "necesidades de aseguramiento" se configura un argumento que equivale a la mera utilidad funcional (prevención). Véase Schünemann, Bernd: "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en, del mismo (coord.), *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 163, nota 39.

⁷⁷ En este sentido, concretamente, Jakobs, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 39; Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Estado de Derecho", *In Dnt* 3/2007, p. 32; destaca que la concreción de la tesis del interés preponderante deja aún más que desear que el propio argumento de necesidad. El riesgo de formalismo ya lo constata Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 81, a pesar de mostrarse cercana a la tesis de fondo, haciendo depender su utilidad del nivel de concreción de sus contenidos de base.

⁷⁸ Como indica Nauke, Wolfgang: *Derecho Penal. Una introducción*, Traducción de la 10ª ed. alemana, Asura, Buenos Aires, 2006, p. 36 "la referencia a la protección de muchos miembros de la sociedad como fin de las medidas de causas, pero ninguna legitimación".

⁸⁰ En cierta medida lo reconoce Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 105 (si bien no en términos explícitos) en cuanto de su postura se extrae de forma evidente el que este criterio permite evaluar cada *in serro nos* tomando el respeto a los derechos fundamentales.

⁸¹ Así, Figueredo Dias, Jorge de: *Derecho Penal. Parte General*, Coimbra Editora, 2004, pp. 92 ss.; y Jorge Barrio, Agustín: "Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho", en VV.AA.: *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Novillo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 82 ss., quienes postulan que este criterio resulta suficiente si se complementa con los límites de la dignidad humana, diciendo rechazarse "todas aquellas intervenciones preventivas que atenten contra la personalidad moral del individuo". Se trata de un referente de difícil concreción por lo que su eficacia como límite externo es bastante reducida —sobre ello, véase Hassmer, Winfried: "Argumentación con conceptos fundamentales. El ejemplo de la dignidad humana", en *Arts Interlandi. Anuario de empuje jurídica* N° 10 (Valore, Principi e Regole), 2005, pp. 133 ss.—, quedando por lo demás sujeto el propio ejercicio de ponderación. Así también Figueredo Dias, Jorge: *Derecho Penal. Parte General*, Coimbra Editora, 2004, p. 94; otra opinión en Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 86.

⁸² Así por ejemplo en Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt* 3/2007, quien entiende que el interés preponderante constituye un "preámbulo cuyos lineamientos terminan de configurar material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt* 3/2007, quien entiende sobre su contenido no superan los referentes propuestos por el utilitarismo preventivo (p. 33). En el mismo sentido Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 82. Este autor avanza en criterios de resolución agregando elementos concurrentes en el sujeto ("actitud, decisión o dificultad manifiesta y creciente para desarrollar una conducta conforme a la norma"), constituyendo estos últimos la única novedad (pp. 26 s.). Ello lo acerca peligrosamente a la noción de culpabilidad por el carácter y demuestra que está renunciando a un fundamento externo lo que parece ser intencional (pues permite explicarle al infractor por qué su caso es diverso al de quienes gozan de la garantía de la culpabilidad, en p. 26).

b) *La búsqueda de un equivalente en la colisión de derechos: La analogía con la legítima defensa y con el estado de necesidad*

b.1) *Fórmula propuesta*

También se ha procurado corregir los defectos de la tradicional perspectiva de ponderación de intereses modificando la forma o dinámica que debe regir el proceso de valoración. Para ello algunos autores retoman los contenidos originales que caracterizaron a los institutos asegurativos (como la medida de seguridad) configurándolos como una *colisión de derechos individuales* que se resuelve en base a criterios externos que permiten configurar una *situación de necesidad*. Se renuncia en ello a los contenidos de valor de cada interés, distanciándose de la proporcionalidad, centrándose en el argumento (y con ello el fundamento) en el hecho de que la peligrosidad constituye una forma de agresión, hecho que por sí solo amerita una reacción defensiva (legítima).⁸³ En esta dirección se orientaron autores como Sax o Hanack,⁸⁴ quienes plantearon la necesidad de configurar el fundamento bajo las perspectivas que propone la legítima defensa.⁸⁵ Otros como Schunemann adoptan perspectivas similares en torno a la caracterización del estado de necesidad.⁸⁶ En todos estos casos el punto de partida es la formulación de una profunda crítica al ejercicio *ponderativo*. Schunemann, por ejemplo, no se limi-

⁸³ Se trata de un desarrollo que no llega a imponerse pero que hoy en día recobra plena actualidad bajo la idea de la actuación en situaciones de *necesidad preventiva*. En efecto, es usual encontrar en la actualidad referencias a las necesidades de *defensa de la sociedad* respecto de nuevos y grandes riesgos que amenazan con destruirla, cuyas dimensiones y efectos incalculables hacen posible actuar de manera preventiva frente a ellas. Se configura sobre esa base lo que se ha dado en llamar *estado de necesidad preventivo*, donde la inminencia del daño es *siempre actual*. Por esta vía se trata de justificar un permanente estado de necesidad (emergencia) que habilita a intervenir en forma preventiva, materialmente efectiva, proactiva o de actuación ex ante, a ser ejercida sobre los supuestos que constituyan muestras de peligro de producción de daños o condiciones que conlleven riesgo de producirlos, dinámica que permitiría al Estado defenderse de sujetos peligrosos a través de medidas de seguridad.

⁸⁴ Véase Sanz Morán, Ángel: "Sobre la justificación de las Medidas de Corrección y Seguridad", en Jorge Barreiro, Agustín (ed.): *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Monrillo*. Thomson / Aranzadi, Madrid, 2005, p. 974, nota 24; Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Buenos Aires, 2008, p. 77.

⁸⁵ En un sentido similar se manifestó en España Casabó Ruiz, José: "El fundamento de las medidas de seguridad", en VV.AA., *Peligrosidad social y medidas de seguridad. La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970*, Colección de Estudios, Universidad de Valencia, 1974, pp. 58 ss., con un desarrollo más incipiente que tiene el valor de ser completamente autónomo.

⁸⁶ Una orientación similar desartollan Bottoms, A.E. y Brownsword, Roger: "The danger of over-reliance on the 'dangerousness' test: a critique of the 'dangerousness' test", en von Hirsch, Andrew: "La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos", en Cid y Larrauri (ed.), *La delincuencia violenta: ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 194-195.

la a desdibujar objeciones centradas en el *utilitarismo* presente en la tesis tradicional, sino que además se ocupa de explicar por qué las faltas de certeza que dicho planteamiento propone constituyen una cuestión estructural "topológica" que se encuentra "embotada en la práctica", que se rige por parámetros que a fin de cuentas son del todo aleatorios y que no le permiten proponer bases rígidas o estables para acometer la tarea de valorar intereses con precisiones de validez general.⁸⁷ Se trata por ello de un mecanismo que, naturalmente, carece de capacidad o aptitud de concreción. Concluye sobre esa base que "la recuperación legítima de las medidas sólo puede hallarse, por tanto, en el estado de necesidad para los bienes jurídicos", criterio que, según enunció, proporciona supuestos más rígidos y concretos, ya sea por centrarse en contenidos más asentados (desarrollados) como también por el hecho de que en ellos se evita recurrir a la subjetividad que caracteriza a la ponderación de valores.⁸⁸

b.2) *Valoración y crítica*

No parece que la recepción de esta orientación haya sido positiva y con buenas razones. La necesidad de reaccionar frente a la eventualidad del daño y la necesidad de defensa (que la transforman en legítima) suponen una agresión, y una probabilidad de concreción que suele reflejarse en una exigencia de actualidad o inminencia, contenidos que difícilmente pueden acreditarse en los supuestos propios de una medida de seguridad.⁸⁹ Y es que no estamos frente a la urgencia que es propia de este tipo de situaciones de necesidad y que, por sí mismas, justifican la necesidad de reaccionar.

A partir de ello una diversidad de autores (entre ellos Frisch y Jakobs) descartan de plano la utilidad del criterio propuesto, en cuanto se trata de de reaccionar.

⁸⁷ Interesante resulta apreciar que ni siquiera en Estados Unidos (donde desdibaja el desarrollo de criterios jurisprudenciales en el funcionamiento del sistema de justicia criminal) es posible encontrar fiabilidad a este respecto. Véase Casuñeira Palou, María Teresa y Ragues i Vallès, Ramon: "Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *TDPC*, 2ª época, N.º 14, 2004, pp. 62-79, quienes atribuyen a dicha conclusión a partir del análisis de jurisprudencia que precisamente aborda una cuestión próxima, relativa a si es posible ir más allá de la proporcionalidad por el hecho.

⁸⁸ En el mismo sentido se pronuncia Jakobs. Cúntiger: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 39: "Más concreta es la propuesta de concebir las medidas de seguridad desde consideraciones propias de la legítima defensa", mas allí de no compartir la propuesta de fondo por motivos diversos.

⁸⁹ Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del derecho penal. Clasificación de Derecho", *In Dnt* 3/2007, p. 20; Ziffer, Patricia: *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 77.

una aproximación que se mueve en planos complementariamente diversos a los que ofrecen los supuestos que se precieden regular.⁹⁶

Pero además hay que tener en cuenta que los supuestos de dicha tesis aparecen confiados a la afirmación de un pronóstico de peligrosidad, y particularmente a su fiabilidad y comunidad, lo que tampoco parece compatible con la falta de certeza que lo caracteriza. Concebir la *peligrosidad* como una *agresión* no puede ello afirmarse sino es en base a una ficción o, si se prefiere, de una presunción, con lo cual todo este esquema no pasará de ser un desarrollo argumentativo,⁹⁷ funcional a las decisiones del legislador.⁹⁸ Se agrega finalmente una objeción de carácter general: la precensión de equiparar estas intervenciones con las situaciones de necesidad o de defensa yerra al igualar el desarrollo de una función pública de protección con una dinámica de justificación que es propia del desarrollo individual de actuar cotidiano, supuestos que no son en modo alguno comparables.⁹⁹ Lo central es que en el primer caso debe recurrirse a principios que sean propios del actuar de la autoridad, mientras que el segundo se riga precisamente por la urgencia o inminencia que hace necesaria la actividad (y que, además, no existe en este caso en particular).⁹⁴

⁹⁴ Para Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Estado de Derecho", en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt 3/2007*, p. 21: "No es lo mismo de-clarar que se espera que ocurra alguna vez que una agresión actual". Por su parte Jakob, Günther: *Derecho Penal Parte General 2* edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 39, en "la imposición de medidas de seguridad propia de un ataque actual" con lo que "fracasa materialmente el paralelismo con la legítima defensa". Según este autor hay un paralelo entre ambos insitios pues en la actuación en legítima defensa también se acepta un tratamiento que supone la *despersonalización* del agresor, movida en lo que considera son "abolladuras" transitorias de la personalidad (Jakob, Günther: "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena", *In Dnt 1*, 2009, pp. 6 s.).

⁹⁵ Buenos Aires, 2008, p. 77 (quien califica al argumento como "metafórico").

⁹⁶ A este respecto conviene recordar que la idea de centrar las intervenciones penales en torno a conceptos como la legítima defensa (de la sociedad) son antiguas y no muy desvinculadas del utilitarismo. Así, en las perspectivas del positivismo subyace una explicación biológica de la sociedad que lleva a concebirla como organismo autónomo, justificándose a partir de esta base la potencial eliminación o anulación del individuo para fines de conservación social, idea de autodefensa que es asumida en ello como una reacción natural, casi instintiva de parte del colectivo.

⁹⁷ Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt 3/2007*, p. 21. Al respecto Jakob, Günther: *Derecho Penal Parte General 2* ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 39, señala: "la legítima defensa no se ajusta precisamente a la acción *estatal* de defensa" (el destacado es nuestro).

⁹⁸ Kohls Planas se hace cargo en concreto de este punto. Para ello califica como legítima la precensión que demanda hacerse cargo de la peligrosidad criminal en función a alcanzar mayores niveles de seguridad, asumido que se mueve dentro del campo de opiniones y reflexiones de Frisch que acabamos de comentar.

Además de todo ello es claro que la tesis encuentra sus orígenes en la sostenida falta de claridad y desarrollo que aqueja a los *contenidos planteados* para resolver la fórmula que propone la tesis del interés preponderante. De ahí que suponga una especie de confianza en que esta fórmula cuenta con criterios más claros, elaborados y asentados en torno a las instituciones que permiten resolver de forma más objetiva la presencia de una situación de necesidad. Sin embargo se obvia de plano que dicho ejercicio también supone el desarrollo de una ponderación, tanto en los caracteres de la *situación de necesidad* como en la valoración de la *necesidad de la reacción*. Lo confirma el solo hecho de que los valores, bienes o intereses comprometidos también consisten en un elemento a considerar en dichas valoraciones. Al respecto son conocidas las indeterminaciones que aquejan al desarrollo de la noción y acreditación de la peligrosidad, siendo aun menos claro el contenido que permite determinar cuándo la reacción sería *necesaria* frente a una inminencia que no existe en la realidad.⁹⁵

4. LA MEDIDA DE SEGURIDAD COMO REACCIÓN MERECEIDA

Desde antiguo un grupo diverso de autores ha buscado el fundamento de esta forma de intervención en condicionantes radicadas en el desusuario de la medida, siendo una constante el pretender de esta forma evitar la crítica de que se está instrumentalizando al individuo.⁹⁶ La idea de fondo

⁹⁵ Estas perspectivas han sido reorientadas en la actualidad por Kohls Planas, Ricardo: "Sexual Predators. Estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad", *In Dnt 4/2007*, pp. 18 s., quien toma como punto de partida el que las medidas se ubican en un ámbito ajeno al derecho penal, pues sus objetivos y forma de interacción son diversos (en el mismo sentido Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, pp. 63 ss.; Jakob, Günther: *Derecho Penal Parte General 2* ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 41). Consultar también intervenciones subsidiarias focalizadas, dirigidas a "supuestos excepcionales en los que la peligrosidad actual de una persona supusiera una amenaza inminente, grave y suficientemente concreta y probable", cuya legítimidad emanaría directamente desde el orden constitucional. El problema es que bajo estas perspectivas los conceptos de *inminencia* y de *necesidad* no son valorados en forma estricta, considerando este autor la posibilidad de extender las medidas por tiempos prolongados a partir de una "continuada presencia del peligro inminente, grave y determinado". En el fondo está pensando en un presupuesto constituido por la peligrosidad que en cuanto *estado* o condición es de carácter permanente y ajena a hipotéticos *situacionales* que son las que podrían fundar una *necesidad* de reaccionar. Desciende además que las relaciones entre pena y medida (y su conexión en torno al hecho punible) conllevan efectos materiales que se producen con total independencia de cuales sean las *dignitas* o sistematizaciones que las describan o caractericen. En cierta forma lo reconoce Guzmán Dalbora, José Luis: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, B. de F., Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 101, en cuanto estima preferible que sea *el criminalista* quien asuma el tratamiento de las medidas de seguridad para dotarlas de un marco de garantías equivalentes a las que propone el Derecho penal.

⁹⁶ Históricamente estos lineamientos se alzaron en contra del utilitarismo de la escuela positiva, recobrando fuerza en la actualidad en base a las debilidades y críticas de la tesis del interés preponderante (Casabó Ruiz, José Ramón: "El fundamento de las medidas de

interacción ético-social requiere de capacidad de comportarse conforme a las normas, de forma tal que sólo quien puede dejar conducirse por ellas puede participar en la vida social. Con ello, postula que la libertad social o existencial se funda y depende en la libertad interior, que es un concepto equivalente a la capacidad individual de autodeterminación moral. Que-nes carezcan de ella, ya sea por no tener "capacidad de autodeterminación moral" o por "carecer de la fuerza de voluntad suficiente en razón a hábitos o vicios" adquiridos, no pueden por ello aspirar a una plena libertad social, ni reclamarla. Con ello, quien ha adquirido hábitos, malas inclinaciones, vicios o costumbres que los apartan del respeto de las normas ético-sociales (el sujeto *pejigroso*), decanta un déficit de capacidad para regirse por ellas, supuesto que decanta en la conclusión de que no goza de una libertad social *completa*, siendo este supuesto lo que motiva el deber del Estado de asistirlo a través de un tratamiento curativo o educativo orientado a la recuperación de su "plena dignidad".⁹⁹⁻¹⁰⁰

Las diferencias entre ambos planteamientos radican en que Welzel busca el fundamento directo en el interior del sujeto, proponiendo Jeschek una especie de colectivización de dichos contenidos.¹⁰¹ De ahí que Welzel

lítico y fundamento ético de la pena y la medida de seguridad". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, pp. 781 ss.; el mismo "Medidas de seguridad y Estado de derecho", en VV.AA., *Pejigrosidad social y medidas de seguridad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970*, Colección de Estudios, Universidad de Valencia, 1974, pp. 567 s. Este planteamiento también fue defendido en su momento por Jorge Barreiro, Agustín: *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 82 ss., quien recientemente ("Crisis actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED (actas y congresos), Madrid, 2001, p. 153) adhiera a la tesis del interés preponderante. También es asumido como base de justificación parcial en Cerzo Mir, José: *Curso de derecho penal español*, Parte General, Introducción, 6ª ed., Tecnos, pp. 41 s.; Gracia Martín, Luis *et al.*: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tramió Blanch, Valencia, 2006, pp. 439 s., para los casos de impunidad.

⁹⁹ Véase Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11ª ed., Editorial Jurídica de Chile, p. 289;

¹⁰⁰ Este contenido configura una garantía política que permite descartar la legitimidad de todas las medidas que, por su contenido o finalidad, atenten (formal o tácitamente) contra la "personalidad moral del individuo" o que afecten su dignidad, dirigiéndose la acción a la proscripción de las formas de intervención meramente inocuidosas (sea que lo pretenda o que simplemente lo genere como consecuencia). Las referencias expresas de Welzel a este respecto se dirigen a la medida de castración o esterilización prevista en la regulación alemana de 1933 que inaugura en dicho país el régimen de medidas de seguridad e introduce formalmente la idea de pejigrosidad en el sistema positivo.

¹⁰¹ Otra opinión en Roca Agapito, Luis: *El sistema de sanciones en el Derecho Penal español*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 380, quien releva que la fundamentación de Welzel se desarrolla tanto desde el punto de vista social como desde la perspectiva individual. Para Welzel, el interés colectivo no se remite a la prevención del delito sino a la recuperación del individuo. Con ello procura intencionalmente desvincular el argumento de toda base naturalista o externa al sujeto en un exagerado interés por lograr anular cualquier componente cercano a la utilidad social (Casabó Ruiz, José Ramón: "El fundamento de las medidas de seguridad", en VV.AA., *Pejigrosidad social y medidas de seguridad. La ley de pejigrosidad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970*, Colección de Estudios, Universidad de Valencia, 1974, p. 56).

es que se puede atribuir al propio individuo el peso de la inseguridad que proviene de la pejigrosidad diagnosticada en su conducta, debiendo por ello ser éste quien asuma las consecuencias que de ello se derivan. Desde estas perspectivas la medida no sólo sería una reacción que la sociedad necesita, sino además una consecuencia que el individuo merece.

Presentan en común la ventaja de desvanecer los problemas que plantea el ir más allá de la culpabilidad individual, radicando las dificultades propias en el problema de compatibilizar e integrar la fuente material del merecimiento que habilita a la medida con el que plantea dicho concepto para fundar la imposición de la pena.

a) La "libertad vinculada a la comunidad" (Jeschek)

a.1) *Fórmula propuesta*

La primera tesis que analizaremos se atribuye a Jeschek, quien toma como premisa una particular concepción de la libertad individual. Entiende que "la libertad que la Constitución garantiza a todo ciudadano es 'una libertad vinculada a la comunidad', lo que lleva a sostener que 'quien no posee la capacidad de desenvolverse en la sociedad sin poner en grave peligro a otros debe tolerar las limitaciones necesarias de su libertad en interés de la seguridad de todos'.⁹⁷

Sobre esta base establece una plena equivalencia entre las hipótesis de *incapacidad social* derivadas de un déficit de desarrollo o del padecimiento de una patología con aquellas en que es más bien el propio comportamiento (voluntario) del individuo lo que ha contribuido a apartarlo de una vida acorde con el derecho, situaciones (ambas) que son descritas y caracterizadas como un "fallo ético".

Esta formulación constituye una reelaboración de las orientaciones propuestas en su tiempo por Hans Welzel centradas en la idea de que las medidas de seguridad buscan promover la "autonomía o competencia social". Sosuene que la pejigrosidad criminal supone una insuficiencia en las capacidades de desarrollo y desenvolvimiento social (normales, suficientes o necesarias) del individuo, lo que los coloca en una posición especial que la habilita a que el Estado asuma el desafío de *recuperarlos*.⁹⁸ Entiende que la

seguridad" en VV.AA., *Pejigrosidad social y medidas de seguridad. La ley de pejigrosidad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970*, Colección de Estudios, Universidad de Valencia, 1974, p. 54). Un claro ejemplo de esta conexión se aprecia en la evolución del planteamiento de Silva Sánchez, quien, a pesar de sostener hasta hace poco una óptica centrada en el *dualismo flexible*, se inclina en la actualidad por buscar un camino alternativo en la lógica del actuar precedente del infractor reiterante. Véase, al respecto entrevista contenida en <http://www.dpenal.cl/multimedia/> [visitada por última vez el 27 de mayo de 2011].

⁹⁷ Jeschek, Hans Heinrich y Weigend, Thomas: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., renovada y ampliada, Comares, Granada, 2002, p. 92.

⁹⁸ El planteamiento de este autor pareciera abandonado formalmente para casos de plena impunidad. En España lo sostiene Rodríguez Mourullo, Gonzalo: "Significado po-

se concurre en el hecho de que el desmoronamiento de la medida ha perdido parte de su autocontrol pues el "comportamiento antisocial" ha pasado a formar parte de su personalidad, mientras que Jeschek se fija más bien en una lectura negativa del *proceso de acostumbramiento* y no de su resultado, calificando negativamente la contribución a su génesis como un "abuso de la libertad". El nexo entre ambos *monstruos personales* radica en que con ello el individuo se ha apartado de la necesaria "vinculación a la comunidad" que es precisamente la fuente que permite definir y atribuir la libertad. Con ello, Jeschek concluye (casi como algo evidente) "que en casos de abuso grave ser procedente la privación de derechos que asistan a cualquier persona", afirmación que evidencia claramente una "idea de merecimiento" personal.¹⁰²

a.2) Valoración crítica

Ahora bien, más allá de las cuestiones de fondo, el argumento presenta una primera debilidad de carácter formal. Al delimitar el sujeto ya no se mueve en el marco de la libertad que le corresponde,¹⁰⁵ lo que se encuentra previsto en el marco de la libertad que es la consecuencia precisa de dicho "abuso de la libertad".¹⁰⁴ Sobre esta base parece evidente que se requiere de algo más que el abuso (o el *mal uso* de la libertad) para asumir que se puede y debe ir *mas allá*, respecto a lo cual la tesis descarta nada aporta.¹⁰⁵

Además la tesis plantea una definición marcadamente sesgada y dependiente de la libertad que es reconocida a los individuos. No se trata de desconocer que las definiciones que subyacen a la culpabilidad consideran elementos de juicio que resultan del todo ajenos al sujeto, sino de destacar que es completamente diverso entender y reconocer que en su contenido se materializa una síntesis de intereses sociales (a partir de lo cual se hace impensable una noción de culpabilidad desvinculada de la sociedad) a asumir que dicho concepto se encuentra *supereditado* al interés de la colectividad. En el fondo esta última idea se aproxima bastante a la mera afirmación

¹⁰² Una estructura similar se propone en Gracia Martín, más allá que a fin de cuentas arroja a conclusiones diversas.

¹⁰³ Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de cuentas jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt 3/2007*, p. 20.

¹⁰⁴ Como indica Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 105: "el argumento del abuso no aclara, sin embargo, la cuestión decisiva de por qué se pierde la libertad más allá de la medida de la propia responsabilidad".

¹⁰⁵ En concreto no queda claro cuando estamos frente a un abuso "grave" de la libertad, variando además dicho contenido a través de las diversas ediciones del Tratado. Primero se menciona aspectos "interiores" y no "sociales" de la libertad (imprecisos y equívocos en su "vinculación con la comunidad"), que luego se sustituyen (en la 4ª edición) por criterios de mera "necesidad social", en un sentido que cuestiona apartar de las ideas de defensa o utilidad social (Jeschek, Hans Heinrich y Weigend, Thomas: *Tratado de Derecho Penal. Parte general 5ª*, ed. renovada y ampliada, Comares, Granada, 2002, p. 92).

de una especie de corresponsabilidad social, que equivale en los hechos a una obligación de todo individuo de responder frente a las exigencias de conservación de la colectividad por el solo hecho de pertenecer a la misma. Dicha estructura (que empalma de manera perfecta con la concepción positivista de las relaciones en comunidad) conlleva en concreto una renuncia a la propia idea de que la culpabilidad constituye una fórmula de imputación o atribución, lo que se demuestra en el hecho de que deja de ser considerada como el parámetro determinante de los espacios de libertad. Dichas orientaciones son precisamente las que se buscaba superar con la referencia a parámetros ético-sociales, cayendo la tesis precisamente en una justificación que en el fondo se muestra idéntica a aquella que pretendía criticar y reemplazar.¹⁰⁶

Lo ratifica el que se trata de un contenido que no se integra a la definición de la culpabilidad (como sucede en la actualidad en torno a las necesidades de la prevención), sino que es utilizado para ir más allá del marco de libertad definido o reconocido a través de dicho concepto. De esa forma la pérdida de libertad que supone la pena, en cuanto fundada en la culpabilidad, se sustituye en caso de la medida de seguridad por el solo recurso a la necesidad social, con lo cual los fines de protección y cohesión social que pueden predicarse de la intervención penal dejan de legitimarse por el abuso de la libertad reconocida, constituyendo más bien una base que permite llegar a anularla.¹⁰⁷ De más está señalar que a partir de esa base los riesgos de abuso son palpables.¹⁰⁸ Queda por ello la idea de que en estos casos se priva de libertad "pura y simplemente en nombre de la negación de la propia libertad",¹⁰⁹ cuestión que ya era criticada a Weizel por no precisar los contenidos que le permitían sostener la posibilidad de anular la personalidad de quien era considerado a la vez plenamente culpable.¹¹⁰ Todo ello permite evidenciar una elevada potencialidad retórica tras el argumento y su funcionalidad para el adoctrinamiento.

En lo que sí acierta Jeschek es en destacar que tras la preensión de ir más allá del marco de la culpabilidad concurre una *pérdida del derecho a la*

¹⁰⁶ Ello explica que la evolución del criterio decante en una verdadera renuncia al mismo, siendo posible apreciar en Jeschek y Weigend una adhesión expresa, aunque sea parcial, a la idea de la ponderación de intereses y a la necesidad de la medida de seguridad como criterios de justificación, argumentos que –aun implícitamente– se exponen en forma paralela a la idea de "libertad asociada a la comunidad".

¹⁰⁷ De ahí que Casabó Ruiz asuma que hay también utilitarismo tras la llamada a la *renunciación del sujeto* cuando lo que se busca es la defensa de la sociedad o de las ideas imperantes en la misma.

¹⁰⁸ Si bien dichas ideas han sido básicamente desarrolladas respecto de impunitives, se ha recurrido, preferentemente en contextos totalitarios como los señalados a la idea de reducir en términos políticos, cuando el modo de ser no se sujeta a la ideología imperante. Casabó Ruiz, José Ramón: "El fundamento de las medidas de seguridad", en VV.AA., *Peligrosidad social y medidas de seguridad. La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970*, Colección de Estudios, Universidad de Valencia, 1974, p. 54.

¹⁰⁹ Figueredo Dias, Jorge: *Delito Penal. Parte General*, Coimbra Editora, 2004, p. 94.

¹¹⁰ *Ibid.*

libertad que es impuesta como consecuencia o sanción, encontrando la MSC su apoyo concreto en dicho presupuesto.¹¹¹

b) *El ánimo contrario a derecho (Jakobs)*

b.1) *Fórmula propuesta*

La idea del abuso de la libertad que recién hemos comentado también aparece descrita en la formulación que propone Jakobs para justificar la aplicación de un incremento de la reacción procedente en caso de imputables peligrosos. Asume como punto de partida la insuficiencia de los planteamientos centrodos en intereses generales, pues concibe que se trata de un problema a ser resuelto en una base de méritos o *competencias*,¹¹² debiendo la justificación ser capaz de explicar al infractor "por qué a él se le priva de la parte más importante de sus derechos que constituyen una persona (...), y no son los otros quienes, a causa de él, tienen que colocarse 'chalecos protectores'".¹¹³

Reconoce asimismo que la medida de seguridad puede cumplir un papel tutelar o de sanción, configurándose en este último sentido cuando reacciona como respuesta a una atribución. En dicho caso su aporte concreto es reforzar el contenido de seguridad normativo que aporta la pena, función que califica como indispensable, pues el sistema normativo bajo el cual la sociedad se estructura de manera fundamental requiere de un cierto grado de apoyo cognitivo para funcionar y que se define acorde a las necesidades de estabilización (seriedad) de la estructura normativa de soporte. En estos casos es el *efecto indiciario de futuro* el que impide subsanar el hecho solo en base a la aplicación de una pena, demandando por ello el apoyo cognitivo.

En dicha hipótesis es la vinculación de la medida de seguridad con la autoridad de la norma lo que determina en concreto su extensión. Esta no se rige sólo por el marco de lo mercenario (los intereses del autor son menos relevantes mientras más responsable sea éste de la generación del peligro),¹¹⁴ sino también por la necesidad concreta de estabilización.¹¹⁵ En síntesis, la medida ha de limitarse a lo necesario para apoyar el efecto de la pena, debiendo por ello cesar una vez que éste se ha logrado. A partir

¹¹¹ Frisch, Wolfgang: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de cuentas jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias del Estado de Derecho", *In Dnt* 3/2007, p. 20.

¹¹² A ello contribuye el tajante rechazo de este autor a aceptar que el derecho penal se vincule a lo futuro: "por lo futuro no se puede castigar ya ahora", pues ello significaría pasar "por alto obviamente el principio del hecho" (Jakobs, Günther: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 40).

¹¹³ Jakobs, Günther: "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena", *In Dnt* 1, 2009, p. 8, nota 43.

¹¹⁴ Jakobs, Günther: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 40.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 41.

de estas bases sostiene (en torno a la custodia de seguridad) que "quien ha llevado una vida de delincente habitual se ha merecido la pena privada de libertad indeterminada",¹¹⁶ operando la medida como una respuesta necesaria y merecida.¹¹⁷

Dicho planteamiento ha sido profundizado en tiempos recientes por el propio Jakobs en una fórmula que extiende considerablemente sus perspectivas. Toma como base el que la sociedad se estructura en base a la presunción de que las personas harán un uso responsable de su libertad. Ello implica que pueden hacerlo en forma acorde a las pautas definidas, como, en su caso, responder de su uso incorrecto. Dicha dinámica (que supone la asunción del contenido de la norma y, en su caso, de la responsabilidad por quebrantarla) es la que genera una base para que opere la seguridad de carácter normativo que proporciona el sistema y que posibilita la convención, constituyendo *la regla general*.¹¹⁸ Esta forma de operar es desafiada en aquellos casos en los que no podemos suponer dicha asunción, pues la ausencia de una predisposición al uso responsable de la libertad hace que la estructura normal dejase de funcionar (adecuada o correctamente). Falta en ello la seguridad cognitiva que el sistema requiere como presupuesto operativo.

Esta situación le lleva a concretizar aun más la fuente de merecimiento lo que antes había descrito asumiendo en la actualidad que "la legitimación de las medidas de seguridad complementarias de pena proviene de un (concreto) defecto personal, causado de manera responsable, de aquel a quien hay que aplicar la medida". Se trata de que "éste no ha cumplido la prescripción debida, consistente en velar por su habilidad cognitiva",¹¹⁹ lo que no es sino una especie de deber general de comportarse acorde a los mandatos normativos o de mostrar una actitud conforme al contrato social.

¹¹⁶ La afirmación original la toma de H. Mayer (Jakobs, Günther: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 40). Hay que tener presente que Jakobs incluye los casos de *autores habituales* dentro de su concepto de culpabilidad, véase *ibid.*, p. 587; el mismo: "Culpabilidad y prevención", en del mismo, *Estudios de derecho penal* Civitas, Madrid, 1997, pp. 83 ss., 92 ss.

¹¹⁷ Con dicho argumento Jakobs busca un límite donde realmente no lo hay, toda vez que lo necesario para que el sistema funcione puede ser más que lo que el propio sistema normativo propone. Y de hecho es así. Se trata por ello de una base que puede naturalmente ser mayor expansión de las medidas de seguridad que hace que la interacción normativa termine por desdibujarse. De ahí que luego este autor asuma la tarea de encontrar una explicación adicional, capaz de justificar la coexistencia de ambas intervenciones (paralelas y diversas) que decanta en una explicación de las medidas de seguridad (particularmente de las aplicables a imputables) bajo los caracteres del llamado "derecho penal del enemigo". Así lo destacan Cancio Meliá, Manuel y Feijoo Sánchez, Bernardo: "Estudio Preliminar" en Jakobs, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 72 ss.; con más detalle sobre esta última "evolución" del planteamiento de Jakobs, Feijoo Sánchez, Bernardo: *Reintegración y Prevención general. Un estudio sobre la pena y las funciones del Derecho penal*, B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 501.

¹¹⁸ Jakobs, Günther: "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena", *In Dnt* 1, 2009, pp. 5 s.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 10.

El fundamento de la aplicación de medidas de seguridad se configuraría entonces en base al quebrantamiento de un deber diverso al que emana de la norma y de carácter más general, que puede resumirse en la idea de *falta de fidelidad al derecho*.¹²⁰ Su incumplimiento es el que habilita a que la sociedad adopte medidas destinadas a compensar la fiabilidad cognitiva falante, debiendo conseguiría coactivamente.

El nexo con la idea del abuso de la libertad aparece en esta formulación con bastante claridad (y con más precisión que en Jeschek): sólo los *factes al derecho* pueden reclamar el goce de la libertad social completa. El presupuesto del abuso no solo radicaría en este caso en la conducta de vida del infractor, sino en la actitud que a través de ella se manifiesta para con el orden social, esto es, en la predisposición al incumplimiento del derecho (*ánimo contrario a derecho*). Las consecuencias asociadas a este presupuesto también reconocen fuentes similares (llegando incluso a Welzel) toda vez que el efecto directo asociado a su constatación no es otro que la incapacitación (pérdida del derecho a reclamar la libertad) consecuencia que opera como eslabón para habilitar a la imposición de una medida de seguridad.¹²¹ Y es que sólo a partir de dicha base resulta posible justificar un tratamiento de meta contención en el que, por definición, se desconoce la condición de sujeto de quien debe padecerlo.¹²² La construcción empalma de manera directa con el desarrollo que el mismo Jakobs propone en torno al llamado *derecho penal del enemigo*¹²³ y le permite a Jakobs consolidar una respuesta

¹²⁰ Así se desprende claramente de las palabras de Jakobs: "Si las personas aspiran a la libertad no solamente han de aceptar que (...) deben responder de su comportamiento, sino que más bien tienen que comportarse de tal manera que (...) muestren en conjunto una línea de vida que permitan concluir que serían fieles al Derecho" (*Ibid.*, p. 9).

¹²¹ La privación de la condición de sujeto o de *persona* constituye un elemento que se mueve en el marco de las consecuencias, pues con el solo hecho de selección quien es destinatario de esta normativa de excepción (por gravedad, trascendencia o alarma social, etc.), se está, en los hechos, definiendo la extensión y destinatarios de la exclusión reconocídotole competencia al enemigo momento de identificarlo como tal (Cancio Meliá, Manuel y Feijoo Sánchez, Bernardo: "Estudio Preliminar", en Jakobs, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2006, p. 65).

¹²² Esta privación del derecho a la libertad y de la consideración del individuo como persona es reconocida y destacada por el propio Jakobs quien incluso llega a sostener que el "lamar de otra manera a este proceder sería un *ejusdemus*". Jakobs, Günther: "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena". *In Dnt* 1, 2009, p. 7, nota 43. No es por ello correcto asumir que la asunción de la condición de enemigo es un proceso paulatino motivado por el propio enemigo (Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Barcelona, 2001). Hay que considerar además que no es tolerable la posibilidad de autoexcluirse del contrato (véase Cancio Meliá, Manuel: en Jakobs y Cancio Meliá, *El derecho penal del enemigo*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003, p. 98).

¹²³ Sobre esta base sostiene que quien "de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento", no califica como persona o ciudadano, constituyéndose como enemigo, siéndoles exigible una "garantía de no peligrosidad". Véase Jakobs "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de

acertada para el problema que presenta el que la peligrosidad constituya un juicio de futuro y no un hecho atribuible. Si bien la acreditación de un ánimo contrario o infiel al derecho presenta una perspectiva de futuro evidente (no podemos esperar que en lo sucesivo dichos individuos tengan un comportamiento acorde con el derecho) tanto el supuesto de base (patrón de comportamiento que se aparta de manera permanente del orden establecido y una concreta disposición de ánimo regida por dicho objeto) como el efecto desestabilizador generado (el resultado desvalorado) se constatan en tiempo presente, permitiendo formular por ello un juicio de mérito personal.¹²⁴

Pero lo más relevante es que la identificación de esa animosidad personal le permite a Jakobs abandonar la dependencia que previamente sostuvo entre la medida de seguridad y las necesidades de estabilización normativa, con el consecuente efecto de que la intervención pasa a quedar liberada de cualquier referente limitativo.¹²⁵ En los hechos cualquier exceso por sobre la medida de la pena queda ahora legitimado por la pérdida de la condición de persona. Lo que sucede es que la desestabilización que se imputa al infractor no se encuentra en esta fórmula vinculada a la estructura básica del derecho penal, sino a las necesidades autónomas y generales de estabilización del sistema, considerado como un conjunto global. Con ello renuncia también a identificar al *enemigo* con comportamientos que por sí solos provocan niveles importantes de inestabilidad social y estructural por el hecho de afectar un valor esencial nexo que cargaba con buena parte del peso del argumento. Se concentra más bien en el contenido de inestabilidad que transmite la propia actitud del infractor lo que se refuerza además por el hecho de que en la actualidad este autor refuerza el significado que aportan los componentes empíricos concurrentes.¹²⁶ El efecto directo de todo ello es que se amplían considerablemente las esferas donde es posible reconocer un *enemigo*.¹²⁷ Lo relevante es que se asume que el solo hecho

las medidas de seguridad complementarias a la pena". *In Dnt* 1, 2009, pp. 7 ss.; el mismo: *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2006, pp. 167 ss., 170.

¹²⁴ Como indica Jakobs, Günther: *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2006, p. 172, "los hechos ulteriores del enemigo se convierten en perturbaciones de un orden" ya en la actualidad.

¹²⁵ El riesgo de *expansion* inherente al argumento es tan claro que el propio Jakobs se ve en la necesidad de advertirlo, si bien lo hace en defensa de la integridad del sistema. Sobre este riesgo de ampliación, véase Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Barcelona, 2001, pp. 163 ss.; Cancio Meliá, Manuel y Feijoo Sánchez, Bernardo: "Estudio Preliminar", en Jakobs, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2006, pp. 65 ss.; Cancio Meliá, Manuel y Feijoo Sánchez, Bernardo: "Estudio Preliminar", en Jakobs, Günther: *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2006, p. 60.

¹²⁶ Si se observa con atención, poco tienen que ver el comportamiento del delincuente sexual o habitual violento de criminalidad grave o quien reitera en acurados contra la propiedad, delincuente de baja monta con un efecto de desestabilización general, al menos si se los compara con la actividad terrorista, el tráfico de armas o de drogas. El único punto en común es que de todos estos casos se extrae (o afirma) una decisión concreta de apartarse

de la reiteración o la habitualidad delictiva transforma al individuo en *enemigo*, pues se asume que la actitud que ello refleja pone en riesgo todo el funcionamiento del sistema social confiado en la interacción normativa.¹²⁸ Sobre esta base no es extraño que también el ámbito de la criminalidad leve sea vista bajo las mismas perspectivas, pues también en dichos ámbitos es posible identificar este efecto de desestabilización generalizada, sea por responder a conductas masivas,¹²⁹ por la sola imagen de molestia y desorden (y su potencialidad a efectos de réplica) o lisa y llanamente por que se constata dicha actitud contraria al sistema.

b.2) Valoración y crítica

Las dos premisas sobre las que se construye el argumento (ánimo contrario a derecho e incapacidad subsecuente) han motivado numerosas observaciones críticas.

Por un lado son conocidas las objeciones dirigidas a la fórmula del derecho penal de enemigos. Sin ánimo de repetir el distendido (y casi excesivo) debate del que hemos sido testigos en tiempos recientes sobre el particular,¹³⁰ nos conformamos con destacar la dificultad que conlleva llegar a aceptar la sola idea de separar ciudadanos y enemigos, y la *despersonalización* que se asocia a dicha distinción como decisión pública en el marco de un Estado de Derecho.¹³¹ La sola idea de identificar ámbitos donde es posible suprimir el reconocimiento de la personalidad (que es el centro de la propuesta) ha motivado necesariamente una valoración crítica ya desde el orden constitucional y un déficit de legitimación que incluso ha hecho

del orden establecido a partir del comportamiento (histórico) del infractor, condición que por ello pasa a ser considerada como argumento suficiente para obligar a una especie de renuncia o privación (forzada) de la pertenencia al contrato social.

¹²⁸ A este respecto Jakobs, Günther: *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 179.

¹²⁹ Sobre ello, en torno al merecimiento de pena del comportamiento, véase Silva Sánchez, Jesús María: "Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión", *EPC*, vol. XXV, Santiago de Compostela, 2005, p. 348.

¹³⁰ La literatura es prácticamente inabarcable. Muñoz Conde, Francisco: *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, *passim*, recientemente también en *CJ/J/CJFP*, pp. 13 ss.; Cancio Meliá, Manuel: en Jakobs y Cancio Meliá, *El derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; Feijoo Sánchez, Bernardo: *Retribución y Prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 498; Esen, Albin: "Consideraciones Finales" en Esen, Hassener y Burkhardt, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 471 s. Un panorama completo en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, BDF, 2006, donde recopila en dos volúmenes un conjunto de trabajos centrados en el tratamiento de las cuestiones que motiva dicho concepto. Véase asimismo Sección de Crónicas de RP N.º 18, 2006.

¹³¹ Y es que ni siquiera constituye una distinción aceptable en el plano de la mera descripción. Al respecto Cancio Meliá, Manuel y Feijoo Sánchez, Bernardo: "Estudio Preliminar" en Jakobs, Günther: *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 63, 74 ss.

dudosa su calificación como sistema propio del ámbito del "derecho" general.¹³² Conviene tener en cuenta que mucho antes que se aceptara con carácter más general (al menos en el entorno occidental) la necesidad de proscribir el recurso a la pena de muerte (pena de vida más bien) se había ya desvirtuado del desarrollo en comunidad la opción de considerar la imposición de una muerte civil,¹³³ tanto desde una perspectiva liberal (con base en la igualdad) como desde el ascetismo de un contenido material de democracia participativa.¹³⁴ En el ámbito penal la idea de que asise un derecho o una perspectiva legítima dirigida a la inserción (al menos como expectativa siempre vigente de reincorporación a la sociedad libre) lo refleja con claridad. Conviene además una opción inconveniente desde la propia perspectiva que propone una marcada concentración en las necesidades de funcionamiento del sistema penal.¹³⁵

Conviene también recordar que la idea de recurrir a la incapacidad en el ámbito penal (directa o indirectamente) no es para nada nueva y no ha dado precisamente malos resultados. Destaca el claro ejemplo que proporciona el régimen nacionalsocialista alemán¹³⁶ y el amplio campo de excesos llevados a cabo en nombre de la óptica tutelar en el tratamiento de las infracciones penales de menores de edad.¹³⁷ También se refleja en las permanentes pretensiones de usar el sistema penal para imponer valores o formas de ser (propias de un conjunto o incluso de la mayoría, pero no de todos) sea mediante el expediente

¹³² Cancio Meliá, Manuel: en Jakobs y Cancio Meliá, *El derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 99.

¹³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Aliaga, Alejandro y Stokar, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 937.

¹³⁴ Véase Bustos, Juan y Hormazábal, Herrán: *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 1999, p. 65.

¹³⁵ Como indica Cancio Meliá, Manuel: en Jakobs y Cancio Meliá, *El derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 97 s., con nota 68: "(...) si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama 'derecho penal del enemigo' está en que se afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma especial debe estar en la manifestación de normalidad, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal 'normal'. Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, precisamente, esos elementos esenciales amenazados".

¹³⁶ La idea de estratificación o categorización de sujetos, en base a diferencias en su valoración intrínseca, en este caso fundada en motivaciones raciales derivadas de afirmaciones pseudocientíficas llevó incluso a proponer medidas de intervención biológica como la esterilización. Al respecto, Muñoz Conde, Francisco: "La esterilización de los asociados en el nacionalsocialismo: un paso para la solución final de la cuestión social?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N.º 4, 2002, en http://crimnet.uva.es/recpc/recpc_04-05.html (visitada por última vez el 8 de junio de 2011).

¹³⁷ Por todos, García Méndez, Emilio: "Injuria. De los derechos a la justicia", 2ª ed., Editorial Del Puerto, 2004, pp. 7 ss.

de recurrir a la perversión moral como actitud sancionable (sanción de conductas consideradas inmorales o sin víctima)¹⁵⁸ o mediante la atribución directa de incapacidad (usando la idea de corrección que subyace a la medida de seguridad en base a supuestos que se definen en base a actitudes o comportamientos que ni siquiera requirieren llegar a configurarse como tipos de autor).

Por otro lado, ya advertimos que la idea de recurrir al *ánimo contrario a derecho* no es algo novedoso en Derecho penal, ni ha contado tampoco con buena acogida.¹⁵⁹ Se trata de una base que no se aparta en demasía de las posiciones que desde antiguo han pretendido ver una especie de *deber genérico* en todos los individuos asociado a la eventualidad de recaída en el delito.¹⁶⁰ Se vincula en concreto a la necesidad de que el Estado garantice niveles de seguridad, conceda estabilidad, integridad colectiva o que procure la preservación del orden jurídico o de la autoridad de las normas, intereses genéricos (todos ellos) que pasan a ser considerados como bienes o valores directamente dignos y necesitados de protección

¹⁵⁸ En estos casos no se le reconoce al individuo la opción de llevar a cabo el comportamiento en cuanto delictivo (los planes de vida o decisiones autónomas pueden limitarse por el interés social), pasando a formar parte de las áreas vedadas a la interacción, cobrando aún más sentido en torno a la calificación del delito como desviación (la idea de incapacidad, en su caso, sólo encontraría sustento en la propia opción—culpable—de delinquir). Sobre ello, véase Figueredo Díaz, Jorge: *Delito Penal, Parte General*, Coimbra Editora, 2004, p. 94.

¹⁵⁹ En su tiempo, Manzini vio tras la recaída en el delito una "voluntad persistente de delinquir" o de "no uniformarse al orden jurídico penal" asumiendo que dicha base lesiona "el interés genérico de mantenimiento del orden jurídico general protegido penalmente" (Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, Reppertor, 7ª ed., Barcelona, 2005, p. 412). Dicho concepto aparece asociado directamente a un "derecho general de seguridad de todo ciudadano" que lleva a afirmar un mayor grado de dano social. Se trata en el fondo de un combate a la desobediencia que toma en cuenta el pernicioso ejemplo y la minimización del respeto a la autoridad que propone el comportamiento del reincidente (Martínez de Zamora, Antonio: *La Reincidencia*, Ed. Universidad de Murcia, 1971, p. 53); también en Ranieri, Silvio: *Manual de derecho penal*, tomo II, Parte General, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1975, p. 202 y, en general, pp. 196 ss., se aprecia disposición de ánimo que permite situar la voluntad del individuo en una condición de contradicción con el ordenamiento proscribiéndose directamente el grado de rebelión al derecho. Laíagata, Ángelo Raffaele: *Contituito allo Studio Della Reincidenza*, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad de Nápoles, Nápoles, 1958, p. 83, ve una base para agravar la reacción en lo que considera es una "actitud opuesta al arrepentimiento", empujando con la "mayor" rebeldía (a la ya manifestada con el delito se suma aquella que evidencia la falta de arrepentimiento).

¹⁶⁰ Originalmente dichas preensiones se vincularon a la idea de *alarma social*, desafiando la presencia de un dano político (inestabilidad) adicional al propio y específico del delito. Lo destaca Zaffaroni (Zaffaroni, Aliaga y Slobar: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 1009), quien a partir de ello establece precisamente un nexo con plantearamientos de base funcionalista (tributarias de la idea de estabilidad normativa), clarificando que se trata de un mismo contenido de lesión lo que es propio del desvalor penal. Y es que nadie podría hoy en día discutir que tras toda tipificación se agrega al contenido desvalioso del bien jurídico lesionado, un contenido de interés social. En su tiempo lo vio claro Manzini al dividir el contenido mediato e inmediato de cada lesión (véase Martínez de Zamora, Antonio: *La Reincidencia*, Editorial Universidad de Murcia, 1971, p. 51).

(a pesar de su abstracción) y que se estiman lesionados con el comportamiento *rebelde*.

En el derecho de habla hispana, el ejemplo más cercano se grafica en la tesis defendida por Mir Puig acerca del fundamento de la reincidencia, donde se ocupa de identificar una base análoga (rebeldía, la enemistad con el derecho o ánimo contrario a bienes o el orden jurídico).¹⁶¹ Sin embargo, este mismo autor se encarga en paralelo de ocupar esta misma base para descartar que sea una argumento suficiente para legitimar la intervención penal (sea fundacional o agravatoria).¹⁶² El centro de dicha conclusión se basa en los efectos que este acercamiento plantea en materia de lesividad,¹⁶³ pues no sólo es evidente la dificultad de identificar un contenido lesivo diverso del propio interés general de prevención del delito (o de intereses genéricos carentes de concreción como el orden social), sino también es tremendamente complejo llegar a identificar tras ello una prohibición concreta diversa y autónoma respecto a la que subyace a cada norma penal.¹⁶⁴⁻¹⁶⁵

Lo cierto es que dicha disposición de ánimo no logra aportar un contenido diverso al que proporcionala su perspectiva de futuro, consumiendo por ello una fórmula representativa de un índice de peligrosidad (o un

¹⁶¹ Mir Puig, Santiago: *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3*, Bosch, Barcelona, 1974, pp. 527 s.

¹⁶² Mir Puig entiende que el efecto agravatorio solo puede radicar en la lesión de un injusto adicional que es lo que serviría de base a la imposición de una mayor pena. De ahí que se trate de una *doble infracción* (en los hechos, un concurso) que lleva a la agravación. Véase *ibid.*, pp. 529 ss.

¹⁶³ Según Mir Puig (*ibid.*, pp. 539 s.), el fundamento descrito parece satisfacer las exigencias del desvalor del acto pero carece de un referente concreto en materia de resultado (jurídico), esto es, carece de lesividad. En el mismo sentido, Cerreo Mir, José: *Curso de derecho Penal español. Parte General*, Introducción, tomo III, 6ª ed., Tecnos, p. 168; Alonso Alamo, Mercedes: *El sistema de las circunstancias del delito*, Universidad de Valladolid, 1981, p. 673, por lo cual el fundar una intervención penal sobre dicho supuesto importa desplegar una actuación de marcado carácter moralizante.

¹⁶⁴ En su tiempo hay quienes buscaron dicho referente en una obligación de no adquirir, sorreando con ello incluso las objeciones a la agravación que veían un déficit de culpabilidad por el accostumbramiento. En la actualidad, Zugaldía, José Miguel: *Derecho penal. Parte general*, Trant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 895, destaca la *posible inacción al hecho de cometer delitos* como el único fundamento de base predecible de la reincidencia si bien a efectos de fundar una objeción de legitimidad. La proximidad con el contenido de la "garantía de no peligrosidad" (acreditar una línea de vida que permitan concluir que serán felices al Derecho) es evidente, más allá de que esta última tiene incluso un carácter más general.

¹⁶⁵ Si bien también se le ha reconocido a dicho elemento un papel agravatorio de la culpabilidad, Alonso Alamo, Mercedes: *El sistema de las circunstancias del delito*, Universidad de Valladolid, 1981, p. 673, se trata de un planteamiento difícil de sostener en una configuración de corte preventivo. De hecho, el propio Jakobs lo utiliza como argumento para ir más allá de la culpabilidad lo que es del todo incompatible con la opción de asumir que la inmensura. Finalmente, conviene también destacar que la identificación de rebelión y culpabilidad tampoco es nueva, constituyendo perspectivas superadas, al menos a nivel formal. Véase Silva Sánchez, Jesús María: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Edt. J. M. Bosch Editor, Reimpresión, Barcelona, 2002, p. 409, con nota 421.

supuesto para llegar a afirmarla, según se prefiera)¹⁴⁶, debiendo por ello ser tratada acorde a su contenido real a riesgo de caer en un nuevo eufemismo.¹⁴⁷

5. SÍNTESIS

Realizada esta revisión, es claro que el panorama que ofrece la búsqueda de una justificación para el tratamiento asegurativo del imputable peligroso es notoriamente poco alentador. Con ello, se desdibuja sensiblemente la aparente uniformidad de pareceres que aboga por su legitimidad, pues, a la hora de concretizar bases de sustento que permitan apoyar dicha conclusión, las diferencias son las que parecen primar. No obstante, no parece que sean menores las dificultades que encierra el *monismo de ejecución*, cuyos presupuestos resultan igualmente afectados por la interacción que supone el dualismo. De ello ya habrá tiempo de ocuparse en otro lugar.

¹⁴⁶ Esta equiparación puede advertirse claramente en quienes, como Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 488, especifican que el presupuesto de la reincidencia radica en "lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales".

¹⁴⁷ Ello explica que en definitiva Mir Puig, Santiago: *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3*, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 584, proponga igualmente considerar la aplicación de medidas de seguridad a partir del mismo supuesto, más allá que en su concepto dicha valoración se vincule más estrechamente a la reiteración y la rebeldía a la presencia de una condena previa.