

El tratamiento del delincuente habitual^{* **}

Ángel José Sanz
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valladolid
sanz@der.uva.es

Resumen

Con motivo de un proyecto de reforma al código penal el trabajo plantea el problema de la determinación del tratamiento más adecuado a la criminalidad habitual de carácter medio y grave. Ante ello, luego de revisar la discusión actual sobre los planteamientos monistas y dualistas, se defiende una alternativa que obliga a distinguir conceptualmente entre penas y medidas. Para completar el modelo se invocan además criterios generales como la prevalencia del carácter correctivo de la intervención por sobre lo meramente asegurativo; la imposición de medidas previo pronóstico de peligrosidad individualizado; la opción por la vicariedad de las respuestas sin descartar la acumulación siempre sujeta al principio de proporcionalidad; y finalmente la consideración de la ponderación de riesgo que representa el sujeto y su imputación a él mismo o la sociedad.

Palabras clave

Penas, medidas de seguridad, pronóstico de peligrosidad, criminalidad habitual

Abstract

Due to a reformation project to the penal code the following document outlines the problem that lies in determining the most appropriate treatment to the habitual criminality rate for both misdemeanor and serious crime. Therefore, after revising the present discussion on the

* Recibido el 27 de noviembre de 2007 y aprobado por el Comité Editorial el 18 de diciembre 2007.

** Las ideas desarrolladas en este trabajo fueron expuestas por el autor en el Segundo Seminario de Política Criminal, organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca dentro del marco del proyecto Fondecyt N° 1060410 titulado "Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal". Igualmente se trata de una ponencia presentada en la Universidad de Valladolid, el día 4 de octubre de 2007, en el marco de las "Jornadas sobre la reforma de la Justicia Penal". Dada la índole de la contribución se reducen al mínimo las referencias bibliográficas. Más información en SANZ MORÁN, A.J. "De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso", en BUENO ARÚS/KURY/RODRÍGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (Directores), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid 2006, pp. 1085-1101.

monist and dual(ist) approaches an alternative that forces to distinguish conceptually penalties as well as security measures. In order to complete the pattern, some general criteria are also considered. This is "the prevailing aspect" in the corrective character of the intervention over what was merely secure; the imposition of measures with an individual anticipated prognosis of dangerousness; the option for the vicariate of the answers without discarding the accumulation that is always subjected to the principle of proportionality; and finally the consideration of the pondering of risk which represents the individual as well as his or her imputation to it or society.

Key Words

Penalties, security measures, prognosis of dangerousness, habitual criminality

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial de las Cortes de 15 de enero de 2007), se refiere a la "habitualidad o profesionalidad criminal" como "realidad que demanda una política criminal propia y de amplio espectro"; cuál sea la más adecuada es objeto, sin embargo, de viva controversia. Y ello pese al carácter recurrente de la discusión, que se remonta, como es notorio, al momento mismo en que aparecen las medidas de corrección y de seguridad. En efecto, la medida surge históricamente para sustituir a la pena, allí donde ésta no tiene cabida; pero también como complemento de la pena misma, cuando resulte insuficiente, oponiéndose desde un primer momento, en relación a esta hipótesis, el contraste entre posiciones monistas (sólo pena –prolongada-, o sólo medida) y dualistas (pena más medida)¹. Baste recordar, en la primera dirección, el planteamiento inicial de LISZT, reacio a la vía de las medidas, pero partidario de asignar una finalidad inocuizadora a la pena en el caso de los delincuentes incorregibles; o las categorías acuñadas por los autores de la denominada "Escuela positiva" italiana ("habitualidad", "profesionalidad", etc.), quienes propondrán, además, medidas correspondientes a cada una de estas categorías². Terminará prevaleciendo, sin embargo, el modelo dualista que, en su versión más característica, comportaba en la hipótesis que nos ocupa la rígida acumulación de penas y medidas, lo que suscitó el reiterado reproche del "fraude de etiquetas" y la progresiva penetración de técnicas –como el denominado "modelo vicarial" o "sustitutivo"- dirigidas a obtener una adecuada articulación de esta forma dual de respuesta al delito, cuestiones todas ellas suficientemente conocidas³.

¹ Más información en SANZ MORÁN, A. J. *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Valladolid 2003, pp. 21 ss.

² Para la delimitación conceptual entre la habitualidad criminal (de la que exclusivamente nos ocupamos aquí) y el denominado "delito habitual", véase, en la doctrina española más reciente, ALONSO ÁLAMO, M. "Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia", en OCTAVIO DE TOLEDO Y URBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia 2004, pp. 55-73 y GÓMEZ MARTÍN, V. *El derecho penal de autor*, Valencia 2007, pp. 319 ss.

³ Más información en SANZ MORÁN, A. J. *Las medidas...*, cit. (nota 2), pp. 31 ss.

Y también el debate actual al respecto aparece mediatizado por la decisión (previa) relativa al carácter monista o dualista de la forma de reacción, lo que exige que abordemos, siquiera de manera somera, el sentido de este contraste (apartado 2), antes de mostrar algunas de las soluciones que, en el tratamiento de la delincuencia contumaz, nos ofrece el derecho comparado (apartado 3) y la tendencia que a ellas subyace (apartado 4), para ocuparnos a continuación con la situación legislativa (apartado 5) y doctrinal (apartado 6) en nuestro país, finalizando con un esbozo de nuestra posición al respecto (apartado 7). Todo ello con la concisión exigible a una contribución de estas características.

Como acabamos de apuntar, la respuesta al problema de cuál sea el tratamiento más adecuado de la criminalidad habitual aparece condicionada por la propia decisión a favor de un modelo "monista" (penas o medidas) o, por el contrario, "dualista" (penas y medidas) de respuesta al delito⁴. Mientras la incorporación de la medida, *en lugar de la pena*, para los inimputables, nunca ha planteado problemas, sigue cuestionándose, sin embargo, la legitimidad de la doble respuesta (pena *más* medida) para los denominados "semiimputables" (categoría ampliamente debatida) y los sujetos plenamente responsables, siempre que, en ambos casos, exista un pronóstico de peligrosidad criminal.

En la discusión actual dominan los planteamientos dualistas. El "monismo" de medidas, tanto en la versión tradicional (Escuela positiva italiana), como en alguna más reciente (por ejemplo, las de EISENBERG o BAURMANN), ha merecido crítica generalizada por su falta de concreción y, sobre todo, por los riesgos que puede comportar para la seguridad jurídica. Mayor apoyo han merecido aquellos modelos monistas que, renunciando a las medidas de corrección y de seguridad, convierten a la pena en el único modo de respuesta al delito. Si bien cabe distinguir, dentro de este planteamiento general, dos líneas bien diferenciadas: una tradicional, hoy superada, que se vincula a una concepción retributiva de la pena y la denominada "nuevo monismo" que, a su vez, conoce una versión más radical y otra moderada; de acuerdo con la primera, se extraerían las medidas del derecho penal, reconduciéndolas al ámbito del derecho privado, o del derecho administrativo, según los casos; mientras que la segunda propone reducir el ámbito de aplicación de las medidas a los casos de sujetos inimputables y someterlas a idénticas limitaciones que las que rigen la imposición de una pena, asimilándolas a éstas incluso en lo que a su dimensión temporal se refiere; es decir, penas y medidas sólo entrarían en juego con carácter alternativo, nunca de manera simultánea y estarían además sometidas a los mismos criterios de aplicación y límites⁵.

⁴ Más información en SANZ MORÁN, A. J. *Las medidas...*, cit. (nota 2), pp. 31 ss., donde nos hacíamos eco de la confusión terminológica al respecto: también es "dualista" —aunque se hable a veces, en tal hipótesis, de "nuevo monismo"— la respuesta que, contemplando tanto penas como medidas, reserva éstas sólo para los supuestos de inimputabilidad, pues siguen existiendo dos formas de respuesta al delito. Del mismo modo, hablar de "dualismo" no significa optar por la rígida acumulación de penas y medidas para un mismo hecho; o, expresado en otros términos, el modelo "vicarial" o "sustitutivo" supone precisamente el "dualismo" de formas de respuesta.

⁵ Más información en SANZ MORÁN, A. J. *Las medidas...*, cit. (nota 2), pp. 36 ss.

Frente a estos diversos planteamientos, sostiene sin embargo –como decíamos- la doctrina mayoritaria la necesidad de conservar la separación entre penas y medidas. Es innegable la aproximación experimentada –sobre todo, por lo que se refiere a su ejecución- entre estas dos formas de respuesta al delito, dato en el que insisten los partidarios del denominado “nuevo monismo”; pero como ha destacado entre nosotros SILVA SÁNCHEZ –siguiendo, en parte, a FRISCH-, perviven significativas diferencias (en lo que se refiere a sus respectivos presupuestos y fines, el diverso sentido de la privación de libertad y del tratamiento en uno y otro caso y el diverso alcance que cobra el principio de proporcionalidad), en las que no podemos detenernos aquí⁶. En último término -ha insistido en ello FRISCH-, tras el problema de la relación entre penas y medidas se oculta la cuestión central de la forma de realización más adecuada de la prevención especial, por lo que habrá que plantear –frente a lo que sostienen las más recientes tesis monistas- si la realización de la prevención especial por la vía de las medidas no trae consigo ventajas que con la solución penal se perderían; o, expresado en otros términos, si la pena está en condiciones de asumir con carácter exclusivo todas las exigencias derivadas de la prevención especial⁷.

Centrándonos ya en el tema objeto de nuestra contribución, si dejamos a un lado la respuesta exclusiva por medio de medidas, hoy abandonada, el tratamiento del delincuente habitual peligroso de criminalidad media o grave se lleva a cabo a través del sistema de penas, o mediante la combinación pena/medida⁸. La respuesta “monista” se traduce en una intensificación del recurso a la pena para el supuesto que nos ocupa. Cabe mencionar, en esta dirección, la “extended sentence”, característica del Reino Unido⁹, o el recurso a la prisión perpetua, ampliamente acogida en el derecho comparado aunque, como es notorio, su previsión legal e imposición en absoluto significan que se ejecute siempre en su integridad, al menos en países como Alemania, Suiza, Austria o Italia, que prevén, también para los condenados a prisión perpetua, la posibilidad de acceso a la libertad condicional¹⁰. Variantes novedosas de este monismo penal son algunos mecanismos surgidos en los Estados Unidos de América, como las famosas leyes “three strikes” o la “selective

⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M. “La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)”, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997, pp. 15-49 (pp. 30-32) y FRISCH, W. “Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, en *ZStW* 102 (1990), pp. 343-393 (pp. 357 ss.)

⁷ Véase FRISCH, W. “Die Massregeln...”, cit. (nota 7), pp. 363 y 387 ss.

⁸ Una imagen comparada de las respuestas al delincuente habitual peligroso ofrecía, hace algunos años, PRADEL, J. *Droit pénal comparé*, Paris 1995, pp. 671 ss. Una precisa síntesis de las soluciones legislativas al respecto ofrece, muy recientemente, JORGE BARREIRO, A. “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (Coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid 2005, pp. 565-586 (pp. 563 ss.)

⁹ Véase, por ejemplo, LAU, S. “Zum Umgang mit gefährlichen Menschen. Die britische Diskussion um die ‘Dangerous Severe Personality Disorder’”, en *MschKrim.* 87 (2004), pp. 451-457. Y, en nuestra doctrina penal, MARTÍNEZ GUERRA, A. *Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad*, Madrid 2004, pp. 23ss.

¹⁰ Más detalles en SANZ MORÁN, A. J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, en *ADPCP* 1995, pp. 783-848 (especialmente, pp. 797 ss.)

incapacitation”¹¹. De acuerdo con aquellas –aunque existen variantes en los distintos Estados que las han aprobado, desde la californiana de 1994-, para determinados grupos de delitos (especialmente, los violentos), se dobla la pena por el segundo de ellos, llegándose a la prisión perpetua por el tercero; y también en el Reino Unido, la *Criminal Sentence Act* de 1997 establece, en algunos casos, la reclusión perpetua por el segundo delito. En cuanto a la “selective incapacitation”, consiste en seleccionar los delincuentes que cometen el mayor número de delitos e intensificar la respuesta penal sólo en relación a ellos.

Baste este brevísimo apunte de algunas tendencias comparadas cuyo rasgo común reside en operar únicamente sobre la pena –exasperándola hasta convertirla en prisión perpetua- en cuanto respuesta al delincuente habitual peligroso. Frente a este modo de proceder se aducen distintos argumentos: si ya el simple efecto agravatorio de la reincidencia ha suscitado serias críticas en la doctrina penal, cuestionándose incluso su constitucionalidad, qué decir de la anudación al segundo o tercer delito de un efecto tan drástico como lo es el de transformar la prisión temporal en perpetua, modificando de este modo su naturaleza; pues la prisión perpetua no es una prisión temporal más grave, sino una pena distinta. Cabría incluso entenderla –como ya apuntara hace algunos años el Profesor TORÍO- como una verdadera medida: “Ahora bien –observa este autor-, una medida que no radica en un pronóstico individualizado de peligrosidad, sino en la peligrosidad deducida de la ejecución del hecho, contiene una presunción tan inadmisibles como las presunciones de culpabilidad”¹². Se pierden así de vista las diferencias de fundamento, presupuesto y fines de penas y medidas, a que antes nos referíamos; en palabras de FRISCH, se carga a la pena con funciones preventivo especiales, de carácter asegurativo, que no está en condiciones de cumplir¹³, con evidente lesión, por otra parte, del principio de proporcionalidad. Y tampoco se satisfacen –acabamos de verlo, siguiendo a TORÍO- las exigencias de un pronóstico individualizado de peligrosidad. En palabras de KUNZ, las penas privativas de libertad con un marco extraordinariamente elevado “contradicen el mandato tanto de una medida de la culpabilidad adecuada al caso individual como de un enjuiciamiento individual de la peligrosidad. Contienen un doble ‘suplemento de peligrosidad’: por una parte, en aras a la seguridad colectiva se establece un internamiento mucho más prolongado que lo adecuado a la culpabilidad; por otra parte, el peligro común que proporciona la ocasión para un

¹¹ En relación a estas técnicas cfr., sobre todo, SILVA SÁNCHEZ, J. M. “El retorno de la inocuización”, en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO DE LA TORRE (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* in memoriam, Cuenca 2001, vol. 1, pp. 699-710 (pp. 700 ss.) y, del mismo autor, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid 2001, pp. 141 ss. Con posterioridad, ofrecen un amplio análisis de las leyes “three strikes” y del debate en torno a su constitucionalidad, CASTIÑEIRA /RAGUÉS, “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *RDPCrim.*, 2ª época, n° 14 (2004), pp. 59-85.

¹² Véase TORÍO LÓPEZ, A. “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Bilbao 1985, pp. 77-114 (p. 97). Cfr. también, del mismo autor, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, en *Poder Judicial* n° 4 (1986), pp. 69-82, donde afirma que “la reclusión perpetua –en la que el hombre es objeto de una reducción que podría denominarse zoológica- es la forma suprema de ataque a la dignidad humana en los sistemas penales contemporáneos” (p. 81). Cfr. además SANZ MORÁN, A. J. “Presupuestos...”, cit. (nota 11), pp. 799 ss.

¹³ Véase FRISCH, W. “Die Massregeln...”, cit. (nota 7), pp. 363 y 387 ss.

internamiento más prolongado se acepta, de manera abstracto-general para todos aquellos sujetos condenados (o vueltos a condenar) por determinados delitos considerados especialmente graves”. La privación extraordinariamente prolongada de libertad no se apoya en una peligrosidad individual de acuerdo con un enjuiciamiento experto, sino en la mera pertenencia colectiva a la categoría de riesgo de los condenados por delitos especialmente graves o que muestran una determinada cuota de reincidencia¹⁴.

Las respuestas “dualistas” (pena más medida) frente al delincuente habitual peligroso consisten, de ordinario, en la ejecución, tras el cumplimiento de la pena impuesta por el delito ahora cometido, de una medida de corrección o de seguridad. En ocasiones, esta última no comportará privación de libertad adicional, como sucede con la “vigilancia de conducta”, la castración química de delincuentes sexuales o la publicación del fallo (listas de pederastas, de maltratadores, etc.). No es necesario, sin embargo, insistir en el carácter estigmatizador (y, por ende, lesivo de la dignidad humana y de la prohibición constitucional de tratos degradantes) que pueden comportar estas nuevas modalidades de “picota”¹⁵; y lo mismo cabría decir de la castración química de delincuentes sexuales, por más que sea de carácter voluntario. En otros casos, la medida que sigue a la pena comporta privación de libertad, como la denominada “custodia de seguridad” –sobre la que volveremos más adelante- prevista en algunos Códigos penales europeos (por ejemplo, en los de Alemania, Suiza y Austria); o el ingreso en centros de terapia social, que tantas expectativas suscitó en las estrategias resocializadoras de los años sesenta y que pervive en Alemania como simple modalidad de ejecución penitenciaria¹⁶. Finalmente, en algunas ocasiones (como sucede en el Reino Unido o en alguno de los Estados de la Unión), se recurre al internamiento civil indefinido posterior a la pena, respuesta ésta de la que nos ocuparemos más adelante (apartado 5), al abordar el derecho español.

Frente a la acumulación de pena y medida para un mismo supuesto se ha aducido, desde antiguo, el argumento del “fraude de etiquetas”, dado que la medida posterior a la pena se ejecuta, de ordinario, de manera semejante a ésta (aunque existe alguna variante vicarial, como sucedía, hasta fecha reciente, con la custodia de seguridad del Código penal suizo), con el consiguiente riesgo para los principios de proporcionalidad y “non bis in idem”. Si a ello se añade que, como destaca KUNZ, normalmente esas medidas asegurativas se acumulan a penas privativas de libertad muy prolongadas –no es infrecuente que en un mismo sistema legal coexistan la prisión perpetua y la custodia de seguridad-, al final unas y otras terminan comportándose como “partes ampliamente intercambiables y funcionalmente complementarias de una estrategia unitaria de control de delincuentes peligrosos”¹⁷.

¹⁴ Véase KUNZ, K.-L. “‘Gefährliche’ Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung”, en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für A. Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, pp. 1375-1392 (p. 1376).

¹⁵ En relación a las denominadas “leyes Megan” y otras estrategias inocuidadoras a través del uso de los antecedentes penales, véase, monográficamente, HERRERA MORENO, M. *Publicidad y control social. Nuevas estrategias inocuidadoras en la postmodernidad*, Lima 2002, especialmente, pp. 43 ss.

¹⁶ Un sucinto resumen de derecho comparado, en SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 1), pp. 47 ss.

¹⁷ En este sentido, KUNZ, K.-L. “‘Gefährliche’ Rechtsbrecher...”, cit. (nota 15), p. 1378.

Una vía peculiar –más próxima, sin embargo, al monismo de penas- es la que ofrece la denominada “pena relativamente indeterminada” del Código penal portugués (artículos 83 a 90), pues comparte la naturaleza y fines de la pena (ajustada a la culpabilidad) y de las medidas (dada la exigencia de peligrosidad y la orientación preventivo especial, de carácter fundamentalmente reeducador)¹⁸. Las objeciones que cabe hacer a una propuesta como ésta residen, precisamente, en lo que tiene de relativizadora de las diferencias esenciales que –venimos inisitiendo en ello- perviven entre penas y medidas; por otra parte, la misma expresión “pena relativamente indeterminada” evoca instituciones tan controvertidas como la “sentencia indeterminada” de raigambre positivista, que tanta discusión suscitó hasta bien entrado el siglo XX.

Este breve apunte comparado vendría a confirmar el diagnóstico avanzado hace unos años por el profesor SILVA SÁNCHEZ, en el sentido de que estaríamos asistiendo a un “retorno de la inocuización”¹⁹. Y ello tanto en los modelos “monistas” como en los “dualistas” de respuesta al delincuente habitual peligroso. Piénsese que un fenómeno tan característico como las leyes “three strikes” y otras técnicas análogas de agravación de la respuesta penal se remontan sólo a los años finales del pasado siglo. En cuanto a los planteamientos dualistas, resulta especialmente significativo el reciente desarrollo de la “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*) en Alemania, y ello pese a la intensa crítica que viene suscitando desde siempre. En efecto, esta medida de seguridad, impuesta tras la pena y acumulada a ella, ha experimentado en los últimos años una notable ampliación. Así, en la reforma penal de 1998 –de lucha contra la delincuencia sexual-, se suprime el límite temporal de diez años para la custodia impuesta por primera vez, convirtiéndola en indeterminada, a la vez que se reducen otras exigencias legales para su imposición; especialmente, se desvincula del concepto de “habitualidad”, pudiendo imponerse ya con la primera condena. En el año 2002, se introduce la posibilidad de “reserva en la imposición de la custodia de seguridad”, a la vez que se permite acumular la custodia de seguridad a la prisión perpetua (y no sólo a la temporal, como sucedía hasta entonces). Y en el año 2004, tras dos resoluciones del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), a las que después se aludirá, se incorpora una custodia de seguridad retrospectiva (*nachträgliche*), incluso para el delincuente primario²⁰. Y una evolución paralela nos muestra el derecho

¹⁸ Más información en FIGUEIREDO DIAS, J. *Directo penal portugués. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa 1993, pp. 555 ss. Cfr. también, en nuestra doctrina, JORGE BARREIRO, A. “Reflexiones...”, cit. (nota 9), p. 584

¹⁹ Cfr. las referencias de la nota 12. Véase también, muy recientemente, BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*, Granada 2007, pp. 92 ss.

²⁰ Amplia información en KINZIG, J. “Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter?- Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung”, en *NSiZ* 2004, pp. 655-660, quien llega a vaticinar que la conclusión lógica de esta evolución debería ser la supresión incluso de la exigencia de un delito para la imposición de la medida (p. 660); el mismo, “An den Grenzen des Strafrechts- Die Sicherungsverwahrung und der Urteilen des BVerfG”, en *NSiZ* 2004, pp. 911-914; KUNZ, K.-L. “‘Gefährliche’ Rechtsbrecher...”, cit. (nota 15), pp. 1379 ss.; LAUBENTHAL, K. “Die Renaissance der Sicherungsverwahrung”, en *ZStW* 2004, pp. 703-750 y PASSEK, I.K. « Sicherungsverwahrung im Wandel. Neuregelungen der Paragraphen 66, 66 a und 66 b StGB », en *GA* 2005, pp. 96-112. Cfr. también, en nuestra doctrina penal, CANO PAÑOS, M.A. “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el derecho penal

suizo. Una reciente reforma del Código penal (en vigor desde el 1 de enero de 2007), modifica el régimen legal de la custodia de seguridad, que pasa a acumularse a la pena, tendrá duración indeterminada y podrá imponerse incluso al delincuente primario. Por otra parte, el 8 de febrero de 2004, se aprobó en referéndum una iniciativa de reforma constitucional, promovida por círculos de víctimas, instaurando la custodia a perpetuidad para “delincuentes sexuales y violentos extremadamente peligrosos y no susceptibles de terapia”; y ello pese a la expresa recomendación de Gobierno y Parlamento en el sentido de rechazar la reforma²¹.

Basten estos ejemplos como confirmación del cariz intensamente defensivo que manifiestan las más recientes iniciativas legislativas en relación al problema que nos ocupa. Pero además, este “retorno de la inocuización” ofrecería –siempre según SILVA– una serie de rasgos que lo separan de las antiguas estrategias inocuizadoras de LISZT o los positivistas italianos²². En primer lugar, responde a una “evolución ideológica general de la política criminal” que se manifiesta, por ejemplo, en “el creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente”, así como en “la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales”. Y, por otra parte –sigue SILVA SÁNCHEZ–, ha cambiado radicalmente “el método de predicción de la peligrosidad, para determinar los sujetos que, precisamente, deben ser inocuizados”, de manera que “a la hora de adoptar consecuencias jurídicas inocuizadoras, los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuarial (*actuarial justice*), de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utiliza para la gestión del riesgo”.

Como es notorio, esta reviviscencia de las tesis a favor de la inocuización del delincuente habitual peligroso suscita, en la doctrina mayoritaria, seria contestación, advirtiéndose especialmente de los riesgos que conlleva para principios esenciales del Estado de Derecho, como los de irretroactividad, *ultima ratio* del derecho penal, *non bis in idem* y, de manera particular, el de proporcionalidad de la respuesta sancionatoria; aspectos en los que, obviamente, no podemos detenernos ahora. Como tampoco vamos a hacerlo en un aspecto, sin embargo, central del debate más reciente al respecto: en qué medida la puesta en práctica de estrategias inocuizadoras frente a determinadas categorías de delincuentes representa una manifestación del fenómeno conocido como “derecho penal del enemigo”,

alemán”, en *CPC* 91 (2007), pp. 205-250 (especialmente, pp. 217 ss.) y MARTÍNEZ GUERRA, A. *Nuevas tendencias...*, cit. (nota 10), pp. 30 ss.

²¹ Más información en KUNZ, K.-L. “‘Gefährliche’ Rechtsbrecher...”, cit. (nota 15), pp. 1378-1379 y, en relación al referéndum citado en el texto, “Zum Problem der gesetzlichen Umsetzung der Verfassungsbestimmung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter (Art. 123a der Bundesverfassung): eine Quadratur des Kreises”, en *ZStrR* 125 (2007), pp. 96-100.

²² Cfr. para lo que sigue, SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El retorno...”, cit. (nota 12), p. 701 y *La expansión...*, cit. (nota 12), pp. 144 ss.

objeto de intensa controversia en los últimos años²³. Baste mencionar que, para SILVA SÁNCHEZ, el derecho penal del enemigo sería, “ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos”; y ello, “aunque tales medidas se mostraran en ocasiones bajo la apariencia formal de penas²⁴. Y, en fecha reciente, ha abordado KUNZ la cuestión específica de hasta qué punto las recientes tendencias legislativas orientadas en clave inocuidadora pueden caracterizarse como expresivas de un “derecho penal del enemigo”, concluyendo que, en particular, la custodia de seguridad constituiría, en el planteamiento de JAKOBS, el ejemplo central de dicha categoría, en los términos en que la plantea este último autor²⁵.

Pese a ello, hay que recordar que dos de los mecanismos inocuidadores más significativos, entre los que mencionábamos más arriba (apartado 4), las leyes “Three strikes” y la – progresivamente ampliada- custodia de seguridad alemana, han recibido respaldo expreso de los correspondientes órganos jurisdiccionales de carácter constitucional. En este sentido, la contribución que los profesores CASTIÑEIRA y RAGUÉS dedicaron, hace unos pocos años, al alcance del principio de proporcionalidad en la interpretación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, les llevó a concluir que la reiterada afirmación de dicho tribunal, ratificando la plena vigencia de la prohibición de penas desproporcionadas, estaría en la práctica vacía de contenido, lo que deja a las leyes *three strikes* “plenamente inmunizadas frente a cualquier futura duda sobre su constitucionalidad por parte de jueces y Tribunales”²⁶. Y especialmente significativa, por tratarse de una cultura jurídica más próxima a la nuestra, resulta la trayectoria seguida en su reciente jurisprudencia, relativa a la custodia de seguridad, por el Tribunal Constitucional alemán²⁷. Así, y aunque en la sentencia de 10 de febrero de 2004 se consideró inconstitucional el internamiento (de carácter administrativo) previsto en algunos *Länder*, por invadir competencias de la Federación, la importante sentencia de 10 de febrero de 2004 declara conforma a la Constitución la supresión, en 1998, del límite máximo de 10 años para la custodia de seguridad impuesta por primera vez. De sus argumentos, cabe destacar los siguientes afirmaciones: a) la custodia de seguridad indeterminada no lesiona la dignidad humana en la medida en que, como sucede con la prisión perpetua, se posibilite una vida responsable en libertad, pues también la custodia de seguridad persigue la resocialización; b) no supone tampoco una incidencia desproporcionada en el derecho a la libertad, puesto que una vez transcurridos diez años se incrementan las exigencias para la prolongación de la medida; c) no incurre en la prohibición de retroactividad, pues ésta se refiere sólo a la inflicción de un mal como respuesta a la culpabilidad, pero no a mecanismos exclusivamente preventivos; y

²³ Para la caracterización de este “derecho penal del enemigo”, véase, especialmente (pues la bibliografía al respecto se va haciendo inabarcable), JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid 2006. Cfr. asimismo CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Buenos Aires, Montevideo 2006 GÓMEZ MARTÍN, V. *El derecho penal...*, cit. (nota 3), pp. 263 ss. y POLAINO ORTS, M. *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Lima 2006.

²⁴ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión...*, cit. (nota 12), p. 165.

²⁵ Véase KUNZ, K.-L. “‘Gefährliche’ Rechtsbrecher...”, cit. (nota 15), pp. 1388 ss.

²⁶ Véase CASTIÑEIRA/RAGUÉS, “*Three Strikes...*”, cit. (nota 25), p. 77.

²⁷ Cfr. las referencias de la nota 21.

d) no lesiona el principio de confianza, pues pesa más el interés colectivo a la seguridad en relación a los bienes jurídicos fundamentales. No es necesario insistir en lo problemáticas que resultan algunas de estas afirmaciones.

En España, como es notorio, el tratamiento del delincuente habitual peligroso se lleva a cabo exclusivamente mediante mecanismos que inciden en la determinación de la pena o en su ejecución²⁸. Por un lado, tenemos la circunstancia agravante de reincidencia, prevista en el art. 22, núm. 8º del Código Penal. La habitualidad y la peligrosidad criminal cierran, por otra parte, el paso a las alternativas penales más significativas, como son la suspensión condicional de la pena o la sustitución de las penas privativas de libertad por otras. Finalmente, la controvertida regla del art. 78 CP pretende asegurar, en el caso de los sujetos peligrosos responsables de varios delitos, el cumplimiento “efectivo” de las penas impuestas hasta el límite correspondiente establecido, para el concurso real de delitos, en el art. 76 CP, en términos que no podemos concretar ahora.

Este modelo de respuesta se ha visto, incluso, reforzado en alguna de las más recientes reformas penales, lo que supone una verdadera exasperación de la respuesta penal en los supuestos que nos ocupan. Así, la L.O. 7/2003, de 30 de junio, elevó los límites máximos de efectivo cumplimiento de la pena de prisión, en el concurso real de delitos, hasta los cuarenta años, de modo dudosamente compatible con las previsiones de los artículos 15 (prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes) y 25, núm. 2 (orientación de la ejecución de la pena a la reinserción social) de la Constitución española de 1978; por otra parte, se amplió el alcance de la regla contenida en el art. 78 CP, resultando ahora éste de obligada aplicación cuando el máximo de pena privativa de libertad a cumplir, de acuerdo con las previsiones del art. 76 CP, rebase los veinte años; y, finalmente, se restringió notablemente el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. A su vez, la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, modificó las reglas de determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, posibilitando ahora la exasperación de la pena (elevación por encima del límite máximo de su marco) en algunos supuestos de multirreincidencia, dándose la particularidad de que cuando veinte años atrás –mediante la L.O. 8/1983, de 25 de junio- se suprimió esa misma posibilidad, argumentó entonces el legislador (en la Exposición de Motivos) con la posible lesión de los principios de legalidad y *non bis in idem*, además de entender que la solución derogada se había mostrado “poco eficaz (...) en el tratamiento de la profesionalidad o

²⁸ Para el tratamiento del delincuente habitual peligroso en el derecho penal español, cfr. ALONSO ÁLAMO, M. “Delito de conducta reiterada...”, cit. (nota 3), p. 70; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal* nº22 (septiembre 2007), pp. 69-91 (especialmente, pp. 78 ss.); CEREZO MIR, J. “Die strafrechtliche Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im spanischen Strafrecht”, en DÖLLING/ERB (Hrsg.), *Festschrift für K. H. GÖSSEL zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2002, pp. 317-328; MOLINA BLÁZQUEZ, M.C. “La respuesta del ordenamiento jurídico español actual a la delincuencia habitual”, en *Revista de Estudios Penitenciarios Extra 2006. Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús*, pp. 97-109; SANZ MORÁN, A.J. “De nuevo...”, cit. (nota 1) y SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ ROBLES PLANAS/ PASTOR MUÑOZ, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en DE AGRA/DOMÍNGUEZ/GARCÍA AMADO/HERBERECHT/RECASENS (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona 2003, pp. 113-135.

habitualidad delictiva”²⁹. E incluso el Tribunal Supremo se ha sumado a esta línea de exasperación de la respuesta punitiva frente al delincuente múltiple de carácter peligroso en su controvertida sentencia de 28 de febrero de 2006, donde se modifica retroactivamente el criterio consolidado de imputar los beneficios penitenciarios (en particular, la ya desaparecida redención de penas por el trabajo), no a las penas impuestas a cada delito, sino al límite resultante de la aplicación de las reglas que rigen la concurrencia delictiva³⁰.

El recurso exclusivo a la pena, en los términos apuntados, para el tratamiento de la criminalidad habitual supone, correlativamente, la renuncia a la vía de las medidas en tal hipótesis. Y ello pese a que las primeras tentativas de elaboración de un nuevo Código penal, tras la aprobación de la Constitución de 1978, preveían medidas específicas a tal fin. Así, el art. 150 del Proyecto de 1980, establecía para los delincuentes habituales, “como complemento de la pena correspondiente al delito cometido, el internamiento en un centro de terapéutica educativa o de rehabilitación social”, por un plazo mínimo de diez años, que se elevaba hasta quince en el caso de los delincuentes “profesionales”. Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP), de 1983, además de suprimir la circunstancia agravante de reincidencia –que todavía conservaba el Proyecto de 1980–, preveía para el delincuente habitual, “además de la pena correspondiente, el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años”, el cual podía ejecutarse “antes o después del cumplimiento de la pena”. Es sólo a partir del Borrador de Anteproyecto de Código Penal (parte general), de 1990, cuando desaparece toda referencia al delincuente habitual peligroso, lo que suscitó, muy pronto, algunas voces críticas. Pese a ello, el nuevo Código penal de 1995 consolida este punto de vista, lo que constituye, en palabras de CEREZO MIR, “uno de los mayores defectos del nuevo Código penal, desde el punto de vista político-criminal”³¹.

En efecto, el Código penal vigente limita el recurso a las medidas a los supuestos de inimputabilidad, de los números 1º, 2º y 3º del art. 20 y de semiimputabilidad del art. 21, número 1º (eximente incompleta), en relación con aquellos. Ciertamente, existirán delincuentes habituales peligrosos de criminalidad media o grave reconducibles a alguna de estas categorías y a quienes sea posible, por tanto, someter al régimen de las medidas

²⁹ Para más información, en relación a estas reformas, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A. J. “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal* n° 11 (enero 2004), pp. 11-40 y, más recientemente, BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. *Política criminal...*, cit. (nota 20), pp. 98 ss. Una buena síntesis del debate en torno a la legitimidad de la agravación de la pena del reincidente, antes de la mencionada reforma legal, ofrece CEREZO MIR, C. “Die strafrechtliche Behandlung...”, cit. (nota 29), pp. 319 ss. De manera monográfica, en la literatura penal española más reciente, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*, Granada 1999.

³⁰ Véase SANZ MORÁN, A. J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (a propósito de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n° 197/2006, de 28 de febrero)”, en *Revista de Derecho Penal* n° 18 (mayo 2006), pp. 11-43.

³¹ Véase CEREZO MIR, J. “Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995 (I)”, en *LA LEY*, 21 de juni de 1996. También ahora así en “Die strafrechtliche Behandlung...”, cit. (nota 29), p. 325. Ulteriores referencias en SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 2), p. 217 (y allí, las notas 111 y 112. Cfr. hora también ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. “Habituales...”, cit. (nota 29), pp. 72 ss.

correctoras o asegurativas previstas en el Código penal, máxime si tenemos presente que – como también es notorio- el Tribunal Supremo viene extendiendo su aplicabilidad a aquellos sujetos en cuya conducta delictiva se aprecie la circunstancia atenuante de drogadicción (del art. 21, núm. 2º CP), o la analógica (art. 21, núm. 6º) en relación con la exigente incompleta; ampliación significativa si pensamos que es esta última la que normalmente viene en consideración para los trastornos de la personalidad. Pero esta eventual reconducción a la vía de las medidas de los supuestos que aquí nos ocupan, aparece limitada por el modo –ampliamente criticado³²- en que traduce el legislador el principio de proporcionalidad de las medidas, que consiste –y ello también es bien conocido- en establecer su clase y duración en función de las de la pena correspondiente al delito realizado, lo que limita ampliamente su posible eficacia en el tratamiento de la criminalidad habitual media o grave.

Así pues –y sin que sea posible entrar aquí en detalles- no será infrecuente que, transitada la vía de las medidas (allí donde éstas vengan en consideración en relación a los casos que nos ocupan), haya que poner en libertad al sujeto, pese a su manifiesta peligrosidad criminal. Que tal hipótesis no es irreal lo muestra el hecho de que, primero la doctrina y después el mismo legislador (art. 104, núm. 2 CP, en la redacción dada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre)³³, aboguen, en tal supuesto, por la vía del internamiento civil, regulado hoy en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, esta “intercambiabilidad” de los internamientos civil y penal suscita –como ya hemos destacado en otras contribuciones³⁴- serios inconvenientes. En primer lugar, por la posible inconstitucionalidad de este último precepto, aprobado por ley ordinaria, pese a referirse a aspectos sustantivos de la privación de libertad por razón de trastorno psíquico. En segundo lugar, porque el internamiento civil se nos ofrece como una técnica esencialmente tutelar, a la que resulta ajena la función de control de la peligrosidad criminal del sujeto. Asume, además el mencionado internamiento, un carácter fundamentalmente terapéutico, lo que se traduce, entre otros datos, en que es el propio médico quien lo da por finalizado, informando de ello al juez. Y, finalmente, tiene carácter indeterminado, por lo que la sustitución de un internamiento (el penal), por otro (el civil), de duración indeterminada y donde el papel del juez se subordina al criterio médico, suscita la duda de en qué medida nos encontramos aquí ante un nuevo “fraude de etiquetas”, como denunciara, muy pronto, SILVA SÁNCHEZ³⁵.

La situación descrita apenas se ve alterada en el último Proyecto de reforma del Código penal, que citábamos al comienzo de esta contribución. Pues aunque en su Exposición de

³² Más información en SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 2), pp. 175 ss., con ulteriores referencias.

³³ Para el alcance de la reforma en este punto, cfr. SANZ MORÁN, A.J. “La reforma del régimen legal de las medidas de corrección y de seguridad”, en CARBONELL MATEU/DEL ROSAL BLASCO/ MORILLAS CUEVA/ORTS BERENGUER/ QUINTANAR DÍEZ (Coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid 2005, pp. 871-882 (pp. 877 ss.)

³⁴ Véase SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 2), pp. 196 ss. y, más recientemente, en “La reforma...”, cit. (nota 34), pp. 878-879.

³⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “La regulación...”, cit. (nota 7), p. 40.

Motivos se habla –lo veíamos entonces- de la “habitualidad o profesionalidad criminal” como “realidad que demanda una política criminal propia y de amplio espectro”, sus efectos de limitan –además de redefinir la “habitualidad”- a obstaculizar la suspensión de la pena o la sustitución de una pena por otra, en términos análogos a los todavía vigentes, y a limitar el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional, en la estela de las reformas del 2003. Sólo representa una verdadera novedad la posibilidad de someter al penado a programas de tratamiento terapéutico o educativo (no se indica si durante la condena o después) y, una vez cumplida la condena, decretar la libertad vigilada –considerada en el mismo Proyecto como una pena- por un máximo de dos años o la expulsión en los términos del artículo 89. Sigue optándose, por tanto por la vía de incidir exclusivamente sobre la pena (en particular, su ejecución), sin que el régimen legal de las medidas apenas experimente modificación alguna.

Un amplio sector de la doctrina penal española se adhiere –en mayor o menor medida- a este “nuevo monismo” incorporado al Código penal, que ve en la pena y en la medida mecanismos alternativos y renuncia, por tanto –salvo en el caso de los semiimputables- a establecer medidas de seguridad para sujetos imputables; en particular, para los habituales de criminalidad media o grave. Lo que no significa que se defienda, en relación a éstos, una solución basada en la intensificación de la respuesta estrictamente “penal”, pues también es mayoritario el rechazo de los mecanismos agravatorios de la pena previstos para los reincidentes o multirreincidentes. Más aún, en la reciente “Propuesta” del Grupo de Estudios de Política Criminal –en el que se incluyen un buen número de profesores de derecho penal-, relativa a la reforma del sistema de penas, se propone una reducción drástica de los máximos penales previstos en la ley³⁶.

Existe, no obstante, un grupo significado de autores que defienden diversas vías de articulación pena/medida para las hipótesis que estamos considerando. Mencionemos, a título de ejemplo –y sin poder entrar en una consideración más detenida- algunas de estas propuestas. Posiblemente, la más perfilada sea la del profesor CEREZO MIR –quien, no en vano, lleva tiempo ocupándose del problema-, en la que se aboga por la introducción de la terapia social (antes de la pena y con carácter vicarial) para los delincuentes habituales de criminalidad grave, menores de veinticinco años y con trastornos graves de conducta (siempre contando con su anuencia), mientras que para quienes no presenten tal anomalía o no acepten el indicado tratamiento, recomienda el mencionado autor la custodia de seguridad, a cumplir tras la pena³⁷. También concreta sus planteamientos MARÍN DE ESPINOSA, proponiendo terapia social para todos los reincidentes peligrosos de dieciocho a veinticinco y pena relativamente indeterminada (en la misma dirección que la prevista en el Código penal portugués) para los mayores de esa edad, aunque concebida como medida vinculada a la peligrosidad; además, y a diferencia de CEREZO, aboga por la completa

³⁶ Véase Grupo de Estudios De Política Criminal, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Málaga 2005, donde se propone (p. 31) un límite máximo para la prisión de diez años, “que en casos de acumulación por concurso de delitos podría ser elevado hasta un máximo de quince años, de cumplimiento efectivo en ambos casos”.

³⁷ Véase CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid 2001, pp. 173 ss. y, del mismo autor, “Die strafrechtliche Behandlung...”, cit. (nota 29), pp. 325 ss.

supresión de la circunstancia agravante de reincidencia³⁸. Por su parte, SÁNCHEZ LÁZARO nos propone –en cuenta alternativa a la reincidencia-, para los autores plenamente imputables, la custodia de seguridad (a cumplir después de la pena y con un régimen de ejecución distinto de ésta) o medidas no privativas de libertad, como la castración química (consentida), tratamientos ambulatorios o controles electrónicos, mientras que los semiimputables cumplirían medidas terapéuticas no limitadas por la duración de la pena impuesta³⁹. Y, muy recientemente, se inclina también ANDRÉS DOMÍNGUEZ por el recurso al derecho de medidas para el tratamiento del delincuente habitual peligroso, siempre “en el marco del sistema vicarial” y orientando prioritariamente la medida “a la corrección, no al aseguramiento”; en particular, cabría pensar en el internamiento en centro de terapia social, sujeto a límites máximos de cumplimiento y a revisión periódica de la peligrosidad, complementado con medidas complementarias de vigilancia de conducta⁴⁰.

Otras propuestas doctrinales poseen, sin embargo, menor concreción. Así, JORGE BARREIRO aboga, en las hipótesis que estamos considerando, por “una medida de seguridad privativa de libertad específica, cuya aplicación debería estar informada preferentemente por la idea de aseguramiento, aunque compatible con las posibilidades de resocialización del autor y con el respeto de la dignidad personal del sujeto afectado”⁴¹. ALONSO ÁLAMO observa que “la problemática del delincuente habitual peligroso” no se aborda correctamente –esto es, “desde la perspectiva de la peligrosidad y del derecho de medidas”- en el Código penal español⁴². SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ considera también rechazable “responder a la peligrosidad con penas superiores a la medida de la culpabilidad”, no viendo, por el contrario, problema alguno en recurrir en estos casos a la vía de las medidas, pues “la legitimidad de responder mediante medidas de seguridad a la peligrosidad del inimputable y del semiimputable no cambia cuando la peligrosidad reside en el imputable”; se trataría, eso sí, de medidas “sujetas a límites máximos” y que, junto a la función de aseguramiento, contemplan también la de tratamiento⁴³. Y SILVA SÁNCHEZ se limita a plantear “si en el ámbito de los delincuentes imputables” carece de todo sentido “la consideración de la peligrosidad”, añadiendo que las medidas eventualmente aplicables a los delincuentes habituales peligrosos se apoyarían en un criterio de proporcionalidad que atienda a “una distribución equilibrada de cargas entre individuo y sociedad”⁴⁴.

³⁸ Véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *La reincidencia...*, cit. (nota 30), pp. 363 ss.

³⁹ Véase SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista Penal* n° 17 (enero 2006), pp. 142-165 (pp. 155 ss.)

⁴⁰ Véase ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. “Habituales...”, cit. (nota 29), pp. 83 ss.

⁴¹ Véase JORGE BARREIRO, A. “Reflexiones...”, cit. (nota 9), p. 585.

⁴² Véase ALONSO ÁLAMO, M. “Delito de conducta reiterada...”, cit. (nota 3), p. 70.

⁴³ Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “Alternativas al derecho penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano”, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Derecho penal...*, cit. (nota 24), vol. 2, pp. 845-891 (pp. 890-891).

⁴⁴ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El retorno...”, cit. (nota 12), pp. 708-709.

La última reforma penal proyectada nos muestra que la decisión fundamental cuando se busca una respuesta adecuada al problema del delincuente habitual es la que atañe al modelo –monista o dualista- por el que se opta, como destacábamos al comienzo de esta contribución (apartado 2); pero bien entendido que la opción correspondiente debe ir acompañada de la necesaria claridad conceptual. Baste recordar, a tal efecto, que nuestro derecho positivo no observa esta exigencia mínima desde el momento en que algunas penas (principales o accesorias), medidas y mecanismos cautelares de carácter personal tienen idéntico contenido y denominación⁴⁵. Resulta necesaria esta aclaración si pensamos que muchas de las inhabilitaciones, suspensiones o restricciones de derechos impuestas *además* de la pena, tienen inequívocamente consideración de medidas en el derecho comparado; de modo que añadir, por ejemplo, a la prisión la libertad vigilada -como lo hace el artículo 94 del Proyecto de 2007-, frente al delincuente "habitual", comporta un modelo "dualista" (pena *más* medida) de respuesta, por más que el mencionado Proyecto clasifique a la libertad vigilada entre las penas.

Con esta aclaración, no tenemos inconveniente en mostrarnos partidarios de una respuesta "dualista" al problema del delincuente habitual peligroso de criminalidad media o grave. Opción que se fundamenta, en la línea apuntada por FRISCH –y que recogíamos más arriba (apartado 2)-, en el dato de que la pena no está en condiciones de asumir con carácter exclusivo las distintas exigencias derivadas de la prevención especial que, en muchos casos, se satisfacen mejor con una adecuada combinación de penas y medidas⁴⁶. Bien entendido que con ello no estamos proponiendo una rígida acumulación de estas dos formas de respuesta al delito, sino que, como sucede en el caso de los semiimputables –y aunque sea éste un supuesto distinto del que aquí nos ocupa-, también en el tratamiento del delincuente habitual peligroso deberá valorarse la posibilidad de sustitución recíproca de aquellas.

No pretendemos, en modo alguno, formular un modelo pormenorizado de intervención en el ámbito que nos ocupa, en la línea de los propuestos, en nuestra doctrina, por CEREZO o MARÍN DE ESPINOSA, tal y como reseñábamos en el epígrafe anterior. Nos conformamos, por el contrario, con insistir en la necesidad de diferenciación conceptual entre penas y medidas, que evite cualquier malentendido cuando se habla de recurso conjunto a ambas en el tratamiento del delincuente habitual peligroso. Por lo demás, baste con estos criterios muy generales: habrá que dar preferencia, en la articulación de estos dos mecanismos de respuesta al delito, al carácter correctivo de la intervención, frente al meramente asegurativo; fundamento de la medida a imponer lo será siempre un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal y no una mera verificación general de la pertenencia del sujeto a una categoría configurada de manera más o menos apriorista; se optará –también hemos insistido en ello- por la vicariedad de las respuestas, aunque no esté descartado que –con observancia, en cualquier caso, del principio de proporcionalidad, correctamente entendido- puedan acumularse aquellas, especialmente cuando la medida que se añade a la pena no comporta privación de libertad. Y deberá, en fin, valorarse, en cuanto criterio rector –también lo hemos visto- lo que SILVA SÁNCHEZ caracteriza como

⁴⁵ Más información en SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas...*, cit. (nota 2), pp. 233 ss.

⁴⁶ Cfr. las referencias en la nota 8.

“distribución adecuada de cargas entre individuo y sociedad”⁴⁷; o, como expresivamente lo formula ELLSCHEID: “el problema del sujeto peligroso lo es de *iustitia distributiva*. Se trata de ponderar el riesgo que el sujeto representa, e imputarlo a él mismo o a las víctimas potenciales”⁴⁸. Expresiones éstas que, de manera significativa, apuntan al dato que, en opinión de la doctrina mayoritaria, sirve de justificación a las medidas de corrección o de seguridad: la necesaria ponderación de los intereses en juego; o, como lo expresa FRISCH, la contraposición entre dos deberes de protección -de la seguridad colectiva y de los derechos de los individuos-, que conciernen simultáneamente al Estado⁴⁹. Pero del problema de la justificación de las medidas también nos hemos ocupado ya en otro lugar⁵⁰. Se trata sólo ahora de destacar cómo el tratamiento del delincuente habitual peligroso es una cuestión que implica la más general de en qué casos está justificado el recurso a las medidas, si es que se asigna a éstas un lugar autónomo, junto a la pena, en el sistema de respuestas legales al delito, tal y como venimos defendiendo en esta contribución.

⁴⁷ Cfr. *supra*, apartado 6 y la referencia de la nota 45.

⁴⁸ Véase ELLSCHEID, G. “Zur Straftheorie von Anthony Duff”, en RADTKE/MÜLLER/BRITZ/KORIATH/MÜLLER-DIETZ (Hrs.), *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. heike Jung*, Baden Baden 2004, pp. 25-34 (p. 33).

⁴⁹ Véase FRISCH, W. “Die Massregeln...”, cit. (nota 7), pp. 367 ss.

⁵⁰ Véase SANZ MORÁN, A. J. “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (Coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Civitas) 2005, pp. 969-979.