

V CONGRESO NACIONAL PENITENCIARIO LEGIONENSE.

Los sujetos peligrosos y las medidas de seguridad.

Universidad de León, 7 y 8 de mayo de 2018.

COMUNICACIÓN

“El control legal de la peligrosidad criminal”

Carmen LAPUERTA IRIGOYEN

Licenciada en Derecho y Criminología

I. EL SISTEMA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD: ANTECEDENTES E INCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

El origen del moderno Derecho de las medidas de seguridad lo encontramos en la fundamental aportación del penalista suizo *Carlos Stooss*, autor del Anteproyecto de CP suizo de 1893, al propiciar una solución de compromiso en la lucha de escuelas:

- la clásica, que defendía una concepción de la pena vinculada a la idea de retribución y a la justa compensación de la culpabilidad del autor por el delito cometido, que no podía hacer frente a cierto sector de la delincuencia (menores y enfermos mentales), al faltar el presupuesto de la imputabilidad, ni resultaba eficaz ante los delincuentes reincidentes; y
- la concepción puramente preventiva de la pena, que asumió Frisch Liszt a través de la pena-fin o pena-defensa, es decir, la pena necesaria que tiende primordialmente a la prevención especial del delincuente, que ha de mantenerse alejado de la comisión de futuros delitos y, dentro de lo posible, ser reincorporado medidas de seguridad en el Título Preliminar del CP.

La regulación de las medidas de seguridad criminales en el Derecho español se ha articulado generalmente, salvo la excepción del CP de 1928 que en sus arts. 90 y ss. incorpora por primera vez las medidas de seguridad al texto punitivo, a través de leyes especiales: primero, mediante la Ley de Vagos y Maleantes de 04.08.1933, y posteriormente a través de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 04.08.1970, vigente hasta el CP de 1995, y que se han caracterizado por ser leyes sobre

peligrosidad sin delito (la admisión de medidas de seguridad predelictuales, y la conversión de tales leyes en una normativa que en la práctica han tenido un marcado carácter de orden público). Es por ello que una de las grandes novedades del CP de 1995 es la derogación de la criticable LPRS de 1970 (Disposición Derogatoria 1.c. del CP de 1995), con la introducción de un nuevo sistema global de las medidas de seguridad en el Título IV del Libro I del CP (arts. 95-108), además de incorporar las garantías formales y materiales para la aplicación de las medidas de seguridad en el Título Preliminar del CP (arts. 1.2, 2.1 y 3).

Característico del nuevo sistema de medidas es, sobre todo, la exclusión de las medidas pre-delictuales, la consagración de los principios de necesidad y proporcionalidad, así como el haber optado por un sistema dualista de tendencia monista.

El fundamento de la «peligrosidad criminal» y la «postdelictualidad» de las medidas de seguridad aplicables aparece recogido en el vigente art. 6.1 CP que declara *“las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”*. De esta manera, nuestro legislador de 1995 deja claro que el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del autor, abandonando con buen criterio el ambiguo concepto de “peligrosidad social” previsto en el art. 2.B de la derogada LPRS de 1970, y, por otra parte, que la imposición de la medida de seguridad requiere la previa comisión de un hecho previsto en la Ley como delito, es decir, que sólo son admisibles como medidas de seguridad criminales las postdelictuales, cumpliendo así con la propuesta unánime de nuestra doctrina de desterrar del ordenamiento jurídico-penal español las tradicionales medidas de seguridad predelictuales (LVM de 1933 y LPRS de 1970).

El principio de “intervención mínima”, derivado directamente del de “necesidad”, implica que el Derecho penal ha de ser la *última ratio*, es decir, que el instrumento jurídico-penal ha de ser el último recurso cuando se constata que no existen otros medios jurídicos menos lesivos para los derechos fundamentales del ciudadano. Aplicado al ámbito de las medidas de seguridad, significa que sólo será legítima la aplicación de la medida de seguridad si ésta es necesaria para sus fines preventivo-especiales, si resulta adecuada o idónea respecto de la neutralización de la peligrosidad

criminal del autor y si no existen otros instrumentos jurídicos alternativos menos gravosos para los derechos fundamentales del sujeto peligroso (subsidiariedad), a los efectos de lograr los efectos preventivo-especiales de la medida de seguridad. Este principio de intervención mínima se consagra en el art. 6.2 CP, al declarar que las medidas de seguridad *“no pueden exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”*, y en el recordatorio del legislador, a través de la cláusula *“si fuera necesaria”*, a la hora de poder aplicar por los Tribunales de Justicia las correspondientes medidas de seguridad a los sujetos criminalmente peligrosos (*vid*, arts. 101 ss. CP).

El principio de proporcionalidad recogido en el CP de 1995, incorpora en el nuevo sistema de medidas el principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad. En efecto, el art. 6.2 CP declara que las medidas de seguridad *“no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”*. De esta manera, nuestro legislador incorpora expresamente, en el marco de la regulación de las medidas de seguridad, el importante principio de proporcionalidad, llamado a ocupar en este terreno el papel que cumple el de culpabilidad en el de la pena, aunque su formulación es criticable tanto por la dificultad para determinar su alcance las medidas de seguridad *“no pueden tener mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”*. A todo ello, hay que añadir el ulterior desarrollo en los arts. 101-104 CP, cuando para los supuestos de aplicar medidas de seguridad «privativas de libertad» a los delincuentes inimputables peligrosos (inciso final del apartado 1 de los arts. 101-103 CP) se establece que *“el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, ya tal efecto el juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”*, mientras que para el caso de aplicar medidas de seguridad «privativas de libertad» a los delincuentes semiimputables peligrosos (penúltimo inciso del art. 104.1 CP) se establece que la duración del internamiento *“no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito”*. Como corolario del mencionado principio de proporcionalidad, cabe destacar que no se podrá imponer ninguna medida de seguridad privativa de libertad -sino sólo alguna o algunas de las medidas no privativas de libertad previstas en el art. 96.3 CP- cuando la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido, no fuere privativa de libertad (art. 95.2 CP) o, en el caso de los semiimputables, cuando la pena impuesta no sea privativa

de libertad (art. 104.1 CP).

Las consecuencias jurídico-penales del delito son las penas y las medidas de seguridad. Este dualismo o doble vía en el sistema de sanciones penales, de pena ajustada a la culpabilidad por el hecho cometido y de medidas de seguridad que tienen su fundamento y límite en la peligrosidad criminal del autor, es una nota común en la mayoría de las legislaciones penales de nuestro orbe cultural. Sin embargo, el panorama actual, tanto en la doctrina como en el plano legislativo, no es uniforme ni pacífico, y se puede hablar, cada vez con más fundamento, de la crisis de la doble vía una vez superado el clásico dualismo, de distinción tajante entre pena retributiva y medidas de seguridad (como reacción criminal para cumplir fines preventivo-especiales), que llevaba consigo la posible acumulación entre ambas sanciones con preferente cumplimiento de la primera, se cuestiona el sentido que puede tener el mantenimiento de una artificiosa diferencia entre ambas sanciones penales, cuando ha cambiado tanto el concepto de la pena (ahora preventiva) y de las medidas de seguridad (adecuadas a las garantías propias de la pena: especialmente el principio de proporcionalidad), y cuando, además, apenas es posible su distinción en la práctica ejecución de ambas sanciones si consisten en privaciones de libertad. A pesar de todo ello, mientras se considere irrenunciable el principio de culpabilidad, que ha de informar el fundamento y el límite de la pena, así como el Derecho de medidas de seguridad, ajustado a los postulados del Estado de Derecho e imprescindible para satisfacer las exigencias de prevención especial de peligrosidad criminal, que la pena, determinada conforme a la culpabilidad por el delito cometido, no puede asumir, se puede afirmar que un dualismo “flexible”, de intercambio o de sustitución (“*vicarial*”) de la pena por la medida de seguridad privativas de libertad en la fase de ejecución, sí tiene un futuro. En el Derecho penal español hemos pasado de un criticable dualismo “rígido” o clásico, de acumulación entre pena y medidas de seguridad privativas de libertad, otorgando prioridad al cumplimiento de la pena, a un discutible dualismo de tendencia monista en el CP de 1995. En efecto, nuestro nuevo sistema de medidas de seguridad, de signo “*abiertamente monista*”, está condicionado por la regla general prevista en el art. 6.2

CP, al declarar que “*las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al delito cometido*”.¹

II. EL ARMAZÓN TEORICO-DOCTRINAL JUSTIFICATIVO DEL DENOMINADO “DERECHO PENAL DE LA PELIGROSIDAD” Y LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE DEL DELINCUENTE PELIGROSO.

Como paladín del “Derecho penal de la seguridad” y, en consecuencia, de todo el armazón teórico que justifica el “Derecho penal de la peligrosidad”, de cuya raíz se nutre esta modalidad de medidas de seguridad complementarias a la pena, conviene prestar especial atención a la controvertida justificación que ofrece Grinther JAKOBS, cuya opinión no está expresada como mero planteamiento teórico, sino teniendo muy en cuenta la regulación de la custodia de seguridad alemana, que ha permitido privar de libertad de por vida a un ciudadano por su peligrosidad, incluso con carácter retroactivo, hasta su derogación por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 4 de mayo de 2011. Pues bien, en su obra *Coacción y personalidad: reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena* (2008), sostiene que “la persona es portadora de derechos y deberes; si incumple determinados deberes de manera obstinada, en esa medida, ya no puede ser tratada como persona, esto es, no desempeña el papel “persona” de tal manera que en la realidad tenga sentido contar con ello ... Cuando falta esta seguridad cognitiva, no se puede esperar al próximo uso incorrecto de la libertad, sino que hay que procurar ya antes una mejora de la situación de seguridad. Si las personas aspiran a la libertad, no solamente han de aceptar que, en su caso, deben responder de su comportamiento, sino que más bien tienen que comportarse de tal manera que muestren en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho. Con otras palabras, quien quiere *participar* como persona en Derecho, como ciudadano, tiene una prestación debida que ha de cumplir permanentemente: tiene que generar fiabilidad cognitiva. Si esta obligación no se cumple de modo imputable y de una manera cualificada, la sociedad civil tiene que conseguir coactivamente la fiabilidad cognitiva, precisamente mediante medidas de

¹ JORGE BARREIRO, A. “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, dentro del libro “Derecho Penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig”. Editorial La Ley, Madrid, Octubre 2010, La Ley 127778/2011, pp. 1-16

seguridad complementarias a la pena que excluyen de determinadas actividades sociales”².

En nuestra doctrina se acumulan opiniones favorables a disponer de “algo más que la pena” para neutralizar la peligrosidad de los delincuentes peligrosos. CEREZO MIR se ha quejado reiteradamente de que “uno de los mayores defectos de nuestro nuevo Código penal, desde el punto de vista política-criminal, consiste precisamente en no haber previsto medidas de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave (internamiento en centros de terapia social, internamiento en un centro de custodia)”³. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ ha sostenido que debería redistribuirse el riesgo generado por esos sujetos y que el mismo no sea sufrido sólo por la sociedad y, a renglón seguido, considera apropiado para esos casos la previsión de medidas de seguridad privativas de libertad que complementen a la pena⁴; todo ello basado en un supuesto derecho fundamental a la seguridad⁵ y, en el fondo, en una ponderación entre seguridad y libertad inasumible bajo los parámetros del Estado de Derecho, porque, como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, cuando el legislador introduce ese tipo de medidas “no hay reparto de costes y cargas entre sociedad e infractor; éste carga con todos los costes y la sociedad intenta no asumir riesgo alguno”⁶. La idea básica de que “existe Derecho penal” más allá de los “estrechos límites” del Derecho penal de la culpabilidad, enriquecida por la posibilidad de que en el territorio del Derecho penal de la peligrosidad es posible sumar medidas a penas, ha obtenido el beneplácito de un sector de nuestra doctrina: ZUGALDIA ESPINAR, GRACIA MARTIN, (JARCIA ALBERO, SÁNCHEZ LÁZARO, FEIJOO SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS, o BALDOVA PASAMAR⁷.

² GARCÍA RIVAS, N. “El proyecto de reforma del Código Penal de 2013 como programa inocuizador de delincuentes peligrosos (prisión permanente revisable y medidas de seguridad indeterminadas)” URI: <http://hdl.handle.net/10578/3979> (2014), pp. 4-10.

³ CEREZO MIR, J. “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”. *Revista Penal* núm. 22, 2008, p. 17.

⁴ SILVA SANCHEZ, J. M. “El retomo a la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. I. (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In Memoriam. vol. 1, eds. Universidad de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Salamanca, 2001. p. 710.

⁵ SILVA SANCHEZ, J.M. “El contexto del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales: Jose María Lidón, núm. 6, Bilbao, 2009, p. 16.

⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, “Redistribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal”, Editores B de F, Buenos Aires 2007, p. 760.

⁷ ZUGALDIA, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2009-1, p. 203 as. Sin embargo, el autor niega la posibilidad de castigar con medidas de seguridad de mayor duración que la pena prevista para el delito cometido en ZUGALDIA ESPINAR, “Medidas de seguridad”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, p. 466 s.; GRACIA MARTÍN, “Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en GARCÍA VÁLDES/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCACER GUIRAO/MARISCAL DE GANTE (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbenat*, Tomo I, Madrid 2008, p. 988 s. GARCÍA ALBERO, “La nueva medida de libertad vigilada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 6/2010. SÁNCHEZ LÁZARO, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”,

Todos los planteamientos basados en la lógica posibilidad de detectar esa extraordinaria peligrosidad en los sujetos reacios al tratamiento, hacen necesario analizar el grado de fiabilidad de los sistemas de detección de la misma y de su rigor que, en casos de la denominada “peligrosidad extrema” permite la imposición de una pena capaz de privar o restringir la libertad de una persona, quizá durante mucho tiempo o incluso de por vida.

III. MÉTODOS JURÍDICO CRIMINOLÓGICOS DE ACREDITACIÓN DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL.

El llamado “actuarialismo penal y penitenciario” tanto en el ámbito de adultos cuanto en el propio de la justicia juvenil que se ha verificado en la últimas décadas procedente de Estados Unidos, Canadá e Inglaterra de una particular forma de gestión punitiva basada en el enjuiciamiento de los niveles de riesgo que presentan los sujetos a los que se les aplican diversos baremos de medición de supuestos peligros de reincidencia delictiva o quebrantamiento de condenas⁸.

Si la peligrosidad no puede establecerse con un suficiente grado de certeza, la aplicación las penas y de las medidas sería arbitraria y, en consecuencia, ilegítima. La capacidad para identificar correctamente a los sujetos que volverán a delinquir es muy limitada sea cual sea el método empleado para predecir la peligrosidad, sino también que dicha capacidad predictiva no parece probable que vaya a mejorar de manera significativa en un futuro cercano. La aplicación de consecuencias jurídicas desfavorables para la persona sobre esta base tan incierta resulta altamente cuestionable. También se ha señalado que los estudios empíricos demostrarían que existe una tendencia a sobrevalorar la peligrosidad, es decir, a clasificar como peligrosos a sujetos

en Revista Penal, núm. 17, 2006, p.157; FEJOO SÁNCHEZ, -"Derecho penal y neurociencias, una relación tormentosa?", en Indret, 2/2011, p. 12. ROBLES PLANAS: "Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, en Indret 4/2007, p. 14 ss. BALDOVA PASAMAR, "Consideraciones político criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada", en El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos, Cuadernos penales José María Lidón, núm..6, Bilbao, 2009, p. 47; Ulteriores referencias sobre esta opinión en la doctrina española, en ALONSO RIMO, "Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad", en Estudios Penales y Criminológicos, XXIX, 2009, p. 109 s.

⁸ RIVERA BEIRAS, I. "Actuarialismo penitenciario: su recepción en España", Revista Crítica Penal y Poder núm. 9, septiembre 2015, pp 102-103.

que no lo son (falsos positivos), y que esta sobreestimación del peligro vendría además alentada por la presión que ejercen los medios de comunicación sobre los operadores jurídicos, pues el enfoque alarmista que aplican aquéllos cuando se pone de manifiesto un falso negativo (persona a la que no se consideró peligrosa, y a la que por ello se le concedió un permiso de salida, o la libertad condicional, o no se le aplicó medida de seguridad, y que sin embargo luego delinque) acentúa la tendencia en los últimos a ser excesivamente cautos e inclinarse demasiadas veces por apreciar la existencia de peligrosidad⁹.

Los sistemas de predicción del comportamiento futuro pueden ser intuitivos, anamnésicos y categóricos o estadísticos.

- los intuitivos, son aquellos que quedan a merced de la valoración judicial, al apoyarse en los indicios que le puedan mostrar al juez la peligrosidad del sujeto teniendo en cuenta su experiencia y visión subjetiva, lo que carece de cualquier tipo de rigor científico;
- los anamnésicos, se basan en el análisis individual del pasado y, por ello, aunque se apoyan en aspectos objetivos, no responden al criterio de predicción de conducta futura y,
- los categóricos o estadísticos son aquellos que predicen las acciones futuras con datos estadísticos extraídos de la experiencia desarrollada con otros sujetos, lo que supone partir de una estimación valorativa.

En la actualidad, esta clasificación pasa a diferenciar entre métodos clínicos, métodos actuariales o estadísticos, y métodos basados en el análisis del riesgo:

- Los métodos clínicos, implican un juicio profesional a partir del estudio del expediente y entrevistas individuales, que si bien ayudan a proponer la intervención más adecuada, adolecen de excesivo subjetivismo y poca eficacia predictiva. El método clínico puro o no estructurado consiste en la predicción de peligrosidad que realiza un experto basándose en su conocimiento y experiencia personales, sin sujetarse a ningún protocolo o regla explícite sino con entera libertad para valorar los factores que estime oportunos y asignarles la relevancia que le parezca adecuada. Ello no significa, sin embargo, que se trate necesariamente de una

⁹ MARTÍNEZ GARAY, L. Ponencia presentada el 29 de enero de 2014 en el Seminario Interdepartamental de la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia. Este trabajo se ha realizado en el marco de los Proyectos de I+D' DER2009-13295, dirigido por el Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer, y DER2010-18825, dirigido por el Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu, ambos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (ahora Ministerio de Economía y Competitividad). Publicada en INDRET 2/2014, pp.1 y ss.

apreciación arbitraria o un juicio no fundamentado.

- los métodos actuariales o estadísticos, sirven para conocer factores de riesgo asociados a la reincidencia, comparando los que han reincidido y los que no, lo que puede dar datos objetivos fiables, pero ignora los cambios en los comportamientos de las personas y estigmatiza, ya que se predice la conducta de un sujeto valorando cómo han actuado otros sujetos en circunstancias similares. Los métodos actuariales descansan sobre una serie de premisas: la primera es que la probabilidad de que suceda un evento futuro depende de la combinación de factores que determinaron su aparición en el pasado. Pero no interesa conocer las relaciones de causa-efecto, o cómo un factor incide sobre la ocurrencia o no de un determinado resultado, sino únicamente la probabilidad estadísticamente asociada a que, dada la presencia de un factor o suma de factores.
- los métodos basados en el análisis del riesgo y sus necesidades, valoran factores tanto estáticos como dinámicos, es decir, los modificables con la correspondiente intervención como empleo, consumo de drogas o formación.

Los especialistas en la predicción como A. Buchanan, J. Steadman, A. Monahan, J. Webster, W. Quinsey o S. Hart (entre los más destacados) consideran que la argumentación de la peligrosidad, de marcado contenido clínico, se ha de complementar con una fundamentación actuarial, es decir, basada en los factores de riesgo y las relaciones entre predictores y criterios demostrados empíricamente¹⁰.

El planteamiento “actuarial” se fundamenta en la forma como la epidemiología ha tratado de descubrir las relaciones entre factores de riesgo con fenómenos como la enfermedad, Sin duda el procedimiento de predicción del riesgo, basado en la estrategia actuarial, es superior al de la estrategia clínica de la predicción de reincidencia.

Predecir el riesgo de reincidencia requiere una decisión sobre si este suceso puede, y en qué grado, acontecer en el futuro. Estas decisiones se deben tomar de acuerdo a protocolos contrastados y basados en conocimientos empíricos y no solo en intuiciones, más o menos fundamentadas en la experiencia clínica de los expertos de tomar estas decisiones.

De los métodos indicados se van a rechazar los intuitivos, por su escaso valor científico, y los estadísticos, por ser poco individualizados, y con ello poco garantistas,

¹⁰ ANDRÉS PUEYO, A. Evaluación del riesgo de reincidencia, <http://www.ub.edu/geav>, pp. 5-8.

ya que, al basarse en el estudio de factores que se dan en los reincidentes, son especialmente rechazables por ser generalizadores y abstractos, y acaban dando lugar a una presunción en contra del reo.

Con estos tres intereses confluyentes, el carácter preferente del criterio de peligrosidad criminal, como exponente de prevención especial, debe ser priorizado frente a otros de prevención general y retribución que puedan ir en dirección opuesta. Para ello se necesita que el diagnóstico de peligrosidad criminal o identificación de factores de riesgo, similar al pronóstico individualizado de reinserción que se utiliza en la libertad condicional, sea emitido por un informe especializado de contenido criminológico, sin dejarlo a la mera intuición o presunción judicial, ya que indica una serie de valoraciones basadas en evidencias que deben ser contrastadas para facilitar al órgano jurisdiccional un informe fundamentado que le ayude en la toma de decisiones y le aporte argumentos en la necesidad de motivación judicial.

Por tanto, los criterios que deben analizarse para los pronósticos sobre reincidencia deben centrarse en la conducta delictiva realizada en relación a su situación actual, y por tanto no sólo en su contexto pasado, lo que requiere un informe criminológico adecuado que examine todas las variables relevantes para indicar factores de riesgo concreto de conductas delictivas y la necesidad de pena en relación a las variables personales, no de impacto social, lo que requiere dar un protagonismo absoluto a la imposición de reglas de conducta como instrumento de intervención tanto si hay peligrosidad criminal como si no la hay, y a todo tipo de medidas como el régimen abierto, la libertad condicional, entre otros¹¹.

IV. LAS OPCIONES TERAPÉUTICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: TRATAMIENTOS MEDICO-ASISTENCIALES DESDE LA PELIGROSIDAD O CULPABILIDAD. POSIBILIDADES TRAS LA L.O. 1/2015 DE 30 DE MARZO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

Las opciones terapéuticas en nuestro ordenamiento penal, a primera vista, alcanzan el mayor nivel de tratamiento terapéutico con la aplicación de los llamados internamientos de los arts. 101 a 104 CP. La finalidad reeducativa, puede resultar más

¹¹ CERVELLÓ DONDERIS, V. "Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena". Revista La ley penal núm. 106, 2014 p.54

intensa, teniendo en cuenta la gravedad del delito y la peligrosidad criminal, cuando el individuo está recluso por un tiempo determinado. La adhesión principalmente a los tratamientos farmacológicos, en unión de otros que sean necesarios, son más eficaces cuando el sujeto presenta una grave patología o la intoxicación aguda a determinadas sustancias. Sin embargo, son las medidas penales aplicadas en régimen de libertad, las que desde el punto de vista jurídico, concitan mayor aceptación, al resultar más razonable su motivación, pues conjugan el control social de la conducta peligrosa del sujeto a través de la aplicación de un tratamiento reeducador de tipo ambulatorio. Pero no es la necesidad de curación o de tratamiento de la enfermedad, la que marca el destino de los inimputables o semiimputables, sino el delito cometido y la pena a imponer. Ahora bien, si las medidas penales, tienen como objetivo primordial la aplicación de tratamientos terapéuticos, desde la ejecución de la pena también se ofertan posibilidades terapéuticas para los sujetos responsables con capacidad de culpa. Los módulos terapéuticos de los centros penitenciarios constituyen un espacio donde se prioriza la reeducación del individuo, principalmente en el tratamiento de la drogodependencia (art. 21.2 y 7 CP).

Estas posibilidades terapéuticas para los imputables, también están presentes en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena. El legislador, con la reforma 1/2015, de 30 de marzo, amplía los supuestos donde el Tribunal, como condición previa para evitar dar comienzo al cumplimiento de la sanción, impone al individuo una determinada actividad o conducta, ya sea participando en un programa de deshabitación al alcohol, drogas u otros comportamientos adictivos, o ya sea sometándose a un determinado tratamiento para su rehabilitación social (art. 83.1 CP). El carácter expansivo que adopta la medida de libertad vigilada, permite que las intervenciones terapéuticas sean de posible aplicación tanto a los sujetos inimputables como a los imputables. En estos casos, y teniendo en cuenta las diferencias psicobiológicas entre unos y otros, sobre todo desde el punto de vista de la culpabilidad, el abanico de medidas no privativas de libertad que refleja el art. 106,1 CP, puede resultar muy útil para neutralizar la peligrosidad criminal accediendo a instrumentos que promocionan el aspecto rehabilitador¹².

¹² LEAL MEDINA, J. "Las opciones terapéuticas en el derecho penal español: tratamientos medico-asistenciales desde la peligrosidad o culpabilidad. Posibilidades tras la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal". Diario La Ley, editorial La Ley, abril 2016, p.17.

V. REFLEXIONES FINALES

Se pueden diferenciar dos tipos de peligrosidad, siendo la primera crónica (o permanente) que se presenta por lo general en casos de psicopatía y en otros delincuentes de difícil readaptación; mientras la segunda se refiere a la peligrosidad aguda, que es más bien episódica y que inclusive puede agotarse en el hecho mismo. Pese a ello, de mantenerse las circunstancias criminógenas la peligrosidad aguda puede derivar a la crónica. En muchas de las decisiones judiciales que requieren la estimación de la peligrosidad del sujeto, está en juego la libertad de los ciudadanos, por lo que es peligroso generar demasiadas expectativas acerca de las posibilidades reales de predicción de la reincidencia y especialmente de la reincidencia violenta, cuando los datos existentes a nivel nacional e internacional evidencian que la capacidad predictiva (de riesgo absoluto) de todas estas herramientas diagnósticas sigue siendo muy limitada, al menos en la actualidad y probablemente también en el futuro a medio plazo.¹³

Los métodos de predicción de la peligrosidad son muchísimo más fiables cuando predicen la falta de peligrosidad que cuando afirman la existencia de la misma¹⁴, pero no podemos perder de vista el riesgo que se corre en decisiones como las excarcelaciones aunque sean temporales de personas condenadas por delitos muy graves (asesinatos, agresiones sexuales, atentados terroristas, etc.). Por ello existe el temor a equivocarse con un falso negativo, y en general el temor a reacciones exageradas de la opinión pública y de los medios de comunicación, tan frecuente en estos casos.

Existen buenas razones para temer que, precisamente en relación con personas condenadas por delitos violentos, el riesgo que suelen correr las instituciones penitenciarias y los jueces al decidir estas excarcelaciones sea bajo. Por lo que las estimaciones de probabilidades de reincidencia altas en los informes periciales pueden ser utilizadas como coartada para no conceder las excarcelaciones aunque sean temporales. Es necesario que los jueces y tribunales, antes de adoptar una decisión que afecta a al derecho a libertad de las personas, recaben, de oficio o a instancia de parte, el dictamen de especialistas debidamente cualificados en la elaboración de pronósticos de peligrosidad y de reinserción social, y no cabe duda que uno de esos informes debería

¹³ MARTÍNEZ GARAY, LUCIA, «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia». Revista Española de Criminología, Número 14, 2016, p. 25.

¹⁴ MARTÍNEZ GARAY, L. Ponencia presentada el 29 de enero de 2014 en el Seminario Interdepartamental de la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia, Este trabajo se ha realizado en el marco de los Proyectos de I+D DER2009-13285, dirigido por el Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer, y DER2010-18825, dirigido por el Prof. Dr. Juan Carlos Carbonen Mateo, ambos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (ahora Ministerio de Economía y Competitividad). Publicada en INDRET 2/2014.

ser, muy especialmente el criminológico¹⁵.

Finalmente y en cuanto a la ejecución de las diversas medidas de seguridad, se detecta una pobreza de la cobertura normativa en cuanto a la ejecución de las medidas de seguridad “privativas de libertad”, resultando paupérrima respecto de la ejecución de las medidas de seguridad “no privativas de libertad”. Se echa en falta en nuestro Derecho de medidas la existencia de una ley de aplicación de las medidas de seguridad. La viabilidad práctica de la opción asumida por el legislador español, al mantener -en el control judicial de la ejecución de las medidas de seguridad- la doble intervención de “juez o Tribunal sentenciador” y del “juez de vigilancia penitenciaria”, desaprovecha la oportunidad de configurar a este último como un auténtico juez de ejecución de penas y medidas de seguridad¹⁶.

¹⁵LEGANÉS GÓMEZ, s. “Pronosticos de peligrosidad y reinserción social en la ejecución penitenciaria”. Diario La Ley, Editorial Wolters Kluwer, julio 2017, pp 18-19.

¹⁶ JORGE BARREIRO, A. “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado”, dentro del libro “Derecho Penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig”. Editorial La Ley, Madrid, Octubre 2010, La Ley 127778/2011, p. 13