

DECONSTRUYENDO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD*

Fernando GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO**

SUMARIO: I. A modo de introducción, reducción argumental de un pronunciamiento jurisprudencial. II. Dos modelos dogmáticos. III. Esbozo de una comprensión personal: la segunda vía como razones de libertad. IV. Epílogo: una vez más, sobre la custodia de seguridad. VI. Bibliografía.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN, REDUCCIÓN ARGUMENTAL DE UN PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL

En la STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176, MP: Julián Melgar Sánchez), se abuelve a un ciudadano español, Evaristo, como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa. En concreto, se apunta en los hechos probados:

sobre las 20.30 horas del día 17 de febrero de 2001 el procesado Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba en su domicilio familiar en unión de su esposa, Estíbaliz, y sus dos hijos, sito en la calle San Canuto de esta Capital, y cuando su mujer se puso a ver un programa de televisión, el procesado se dirigió a la cocina, donde cogió un cuchillo, y sin mediar palabra se abalanzó contra Estíbaliz, dándole más de treinta puñaladas en diversas partes del cuerpo, de las que una penetró en el tórax y otra en el abdomen hasta que Estíbaliz logró zafarse del procesado, tirándole el cuchillo, momento en que el procesado intentó ahogarla con sus manos, logrando, una vez más Estíbaliz escaparse y salir de la vivien-

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación “Neurociencia y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad (DER 2009/09868)”. IP: Eduardo Demetrio Crespo.

** Profesor titular de Derecho penal, Universidad de La Laguna.

da, para refugiarse en casa de unos vecinos, que la llevaron rápidamente al Hospital Doce de octubre. El acusado huyó del domicilio familiar y estuvo en paradero desconocido hasta que el día 28 de febrero... se presentó en el Juzgado de Guardia... Como consecuencia de estos hechos Estíbaliz sufrió unas lesiones que tardaron en curar treinta y nueve días..., habiendo estado doce hospitalizada y... precisado tratamiento quirúrgico..., quedándole como secuela múltiples cicatrices en abdomen y tórax de pequeñas dimensiones. Lesiones que le hubieran producido la muerte de no haber sido por el rápido traslado a un centro médico, donde fue intervenida quirúrgicamente".¹

Se recoge, igualmente, en relación con el estado de salud de Evaristo, que "cuando los hechos tuvieron lugar el procesado padecía una esquizofrenia paranoide, con ideas delirantes, encontrándose en una situación de crisis o brote de su enfermedad, lo que anulaba totalmente sus facultades intelectivas y volitivas".² Sobre ello, se sustenta su absolución.³ Sin embargo, pese a apreciarse como completa la eximente de anomalía o alteración psíquica, al mismo tiempo, se grava a este ciudadano con significativos costes iusfundamentales; concretamente, se impone "como medida de seguridad su internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años, conforme a los artículos 6.2, 16, 62 y 101 del Código Penal".⁴

En principio, la absolución de una persona conlleva —parece— que ésta ostente la totalidad de los derechos predicables de cualquier otro ciudadano —no culpable, de ahí las dudas sobre la legitimidad de la imposición de este otro tipo de consecuencia jurídico-penal.⁵ Al respecto,

1 STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), antecedente de hecho primero.

2 *Idem*.

3 STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), segunda sentencia.

4 *Ibidem*, apuntándose igualmente: "sin perjuicio de que la efectividad de tal medida quede supeditada al examen de la situación actual del recurrente, pudiendo el Tribunal sentenciador, en ejecución de esta medida, tomar las decisiones oportunas, e incluso mantener el tratamiento ambulatorio en atención a los informes médicos que reciba sobre la evolución de su enfermedad, sin perjuicio de que, en caso de regresión de tal evolución, se pueda acordar el internamiento en centro psiquiátrico, como se decreta y autoriza en esta resolución judicial".

5 En este sentido, ilustrativo Romeo Casabona, "Prólogo", en Urruela Mora, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, 2009, pp. XV y ss. Asimismo véase García Arán, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, 1997*, pp. 131 y ss.; Muñoz Conde, Francisco, "Las medidas de seguridad: Eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *La Ley*, 1991, pp. 830 y s.; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho*

sin embargo, se arguye en la sentencia que “la medida de seguridad se fundamenta, como dice el artículo 6o. del Código Penal, en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”, subrayando “la peligrosidad criminal del sujeto, que es el aspecto que fundamenta la misma, y no tanto el desenvolvimiento individual de su enfermedad, que sería algo ajeno al derecho penal”.⁶ Si bien se entiende, en relación con esto último, que “la recuperación mental del sujeto inimputable condicionará su peligrosidad criminal, ...la imposición de la medida de seguridad debe ser proyectada [en cualquier caso] con una visión social de su peligrosidad criminal”,⁷ e impone la medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años por las citadas razones de prevención, o con otras palabras, “una visión social de su peligrosidad criminal”, aun cuando el acusado, Evaristo, en el momento de la sentencia se encontraba “sometido a tratamiento médico en régimen ambulatorio en los servicios de salud mental de la Comunidad de Madrid, respondiendo de forma favorable al tratamiento y presentando un grado aceptable de integración social”.⁸

La argumentación desarrollada en la sentencia se asienta, por tanto, en buena medida, sobre razones de prevención:

la medida de seguridad se fundamenta, como dice el artículo 6o. del Código Penal, en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Naturalmente, la recuperación mental del sujeto inimputable condicionará su peligrosidad criminal, pero la imposición de la medida de seguridad debe ser proyectada con una visión social de su peligrosidad criminal,

la peligrosidad criminal del sujeto, que es el aspecto que fundamenta la misma [la medida], y no tanto el desenvolvimiento individual de su enfermedad, que sería algo ajeno al derecho penal.⁹

penal. Parte general, 7a. ed., 2007, pp. 54 y s.; Sanz Morán, “Sobre la justificación de las medidas de corrección y seguridad”, en Bajo Fernández *et al.*, *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 969 y ss.

⁶ STS, 2a. , 23.1.2004 (Ar. 2176), fundamento de derecho quinto.

⁷ *Idem*.

⁸ STS, 2a. , 23.1.2004 (Ar. 2176), antecedente de hecho primero; con las reservas señaladas en n. 4.

⁹ STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), fundamento de derecho quinto; en este último sentido, igualmente ilustrativo: “sin tratamiento, el informado va a tener un brote psicótico con toda seguridad y aún con tratamiento puede tener brotes», añadiendo que «tiene peligrosidad criminal y debe tener un tratamiento farmacológico indefinido», pudiendo, aún con éste, «que tenga una descompensación», e incluso que «una sola ausencia de toma puede

En concreto, la idea de la “visión social” apunta —parece— a razones de prevención especial en el sentido de inocuización —pese a la naturaleza principalmente terapéutica de esta medida;¹⁰ también la peligrosidad criminal como fundamento de la medida de seguridad. Sobre tales razones se justifican los citados costes iusfundamentales —“internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años”— y ello, frente a consecuencias jurídicas menos gravosas: “tratamiento médico en régimen ambulatorio”, y la concurrencia de márgenes de incertidumbre.¹¹

Con carácter general, aun cuando este tipo de argumentos pueda resultar atendible,¹² su evaluación en el presente pronunciamiento jurisprudencial precisa de esta última perspectiva —los costes de la concreta conclusión que se pretende justificar, dado su carácter referencial: ofrecer buenas razones para ello.¹³ Y en este sentido, nos surgen algunas dudas al respecto: con carácter general, el principio de libertad prevalece frente a *presuntas* razones de peligrosidad,¹⁴ aún referidas éstas a

sobrevenir el brote», y que únicamente sería recomendable el tratamiento ambulatorio, «si continúa el informado como parece ser hasta ahora [entonces]»; centrándose el discurso no tanto en el desarrollo de la enfermedad, como en los márgenes de peligrosidad del sujeto —brotes, peligrosidad— y revocando la decisión de la Audiencia —tratamiento ambulatorio— pese a que las opiniones referidas se remiten, parece, a la fase en que decide aquélla. Sin embargo, al respecto, recoge Urruela Mora, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, 2009, pp. 117, 169: “el tratamiento abierto constituye la mejor fórmula para mejorar el clima terapéutico”.

10 Sin embargo, véase Gracia Martín, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 437; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., 2008, p. 44, marg. 14, quien limita su sentido a sustraer al enfermo “del estado psíquico que pudo llevarle a delinquir”; Silva Sánchez, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 41 y s.: “el factor determinante habría de ser... el de que la privación de libertad se muestre como absolutamente imprescindible para la prosecución del tratamiento”.

11 STS, 2a. , 23.1.2004 (Ar. 2176), fundamento de derecho quinto: “no existe un apoyo concluyente a lo expresado por la Sala de instancia, acerca de la necesidad exclusivamente de un tratamiento ambulatorio”; gravando, sin embargo, al reo.

12 En la doctrina, por ejemplo, véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 6a. ed., 2004, pp. 30 y s.; el mismo, “Prólogo”, en Romeo Casabona, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, 1986, pp. 7 y s. En relación con las medidas de prohibición de estancia y residencia Mir Puig, *PG*, 8a. ed., 2008, p. 93, marg. 61.

13 Atienza, *El derecho como argumentación*, 2006, p. 74.

14 Sobre el juicio de peligrosidad, con carácter general, Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, 1986, pp. 32 y ss. Más recientemente Robles Planas, “«Sexual predators»». Estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad”, *Indret*, 2007/4, pp. 16 y s. (http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf; última visita: 2 de marzo de 2010); Sierra López, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, 1997, pp. 82 y ss., 87 y ss., 99 y ss.; Santos Requena, *La imposición de medidas de seguridad en el proce-*

un bien jurídico como la vida, luego no cabría —parece— justificar únicamente sobre las mismas una afección esencial de aquél.¹⁵ Asimismo, la proyección “con una visión social de la peligrosidad criminal” supone una acentuada instrumentación del sujeto —mediante la imposición de la medida (insisto, de carácter esencialmente terapéutico, pero) no tanto en función del “desenvolvimiento de la enfermedad”, cuanto de esa “visión social”— y, de este modo, se generan costes para el principio de dignidad.¹⁶ Con ello, la argumentación jurisprudencial va adquiriendo unos perfiles más nítidos: se justifican costes graves mediante razones —que en relación con los mismos, pudieran calificarse como— leves, en tanto que las razones expresamente argüidas —peligrosidad, prevención mediante inocuización— muestran un valor leve en relación —por tanto, un valor relativo leve— con la conclusión que se pretende sustentar —afección esencial del principio de libertad, afección del principio de dignidad.¹⁷ Sin embargo, conclusiones —o costes— graves precisan de premisas —o razones, cuando menos— equivalentes, luego urgen mejores argumentos;¹⁸ mientras tanto cabe cuestionar la racionalidad —

so penal, 2001, pp. 49 y ss., especialmente, pp. 57 y ss. En la doctrina italiana, por ejemplo, Musco, Enzo, “Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens”, *ZStW*, 102, 1990, pp. 428 y ss. En la doctrina alemana, igualmente véase Frisch, Wolfgang: “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, *ZStW*, 102, 1990, p. 373.

¹⁵ Para una evaluación de unas y otras, véase Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, 2009, pp. 175 y ss.

¹⁶ Ilustrativo Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1989, pp. 291 y ss. En relación con la segunda formulación del imperativo categórico kantiano y su carácter graduable —así como los correlativos costes para el principio de dignidad, ilustrativo Atienza, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *manuscrito*, p. 21: “lo que está prohibido no es tratar a otro ser racional como un medio (lo que, naturalmente hacemos todos constantemente), sino tratarle sólo como un medio”.

¹⁷ Ilustrativas STC, 2a., 5.5.2003 (RTC. 82, MP: Vicente Conde Martín de Hijas), fundamento de derecho tercero; BVerfGE 27/1, p. 6, respectivamente; con ulteriores referencias Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 175 y ss.

¹⁸ Ilustrativa BVerfGE 17/34, p. 314: “Je mehr dabei der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, um so sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden”. En relación con la “ley de la tasa marginal decreciente de sustitución”, igualmente Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., 2007, pp. 137 y ss., 261 y ss.; en relación con la “ley de la ponderación”, Alexy, “La fórmula del peso”, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., 2007, p. 351: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.

por tanto, en un discurso de aplicación, la legitimidad— de la citada decisión jurisprudencial.¹⁹

Frente a este primer modelo, en la doctrina, se encuentran ulteriores y más ambiciosos desarrollos orientados a justificar esta segunda vía del Derecho penal. Por poner —otros— dos ejemplos:²⁰

II. DOS MODELOS DOGMÁTICOS

1. *Un intento de justificación ética*

En la última edición de su manual, apuntaba *Hans Welzel*:

así como en la pena, de los principios de utilidad u oportunidad [*'Zweckmäßigkeit'*] no se infiere justificación alguna de la intervención sobre el individuo. La erradicación (eliminación o inocuización) de seres lesivos para la sociedad (delinquentes, enfermos mentales, enfermos infecciosos, indeseables políticos [*'Mißliebiger'*], etc.) pudiera ser altamente útil y eficiente para la protección de la sociedad, pero cómo y hasta qué punto puede justificarse la intervención frente al afectado no se deriva de la mera utilidad para la comunidad, sino de su admisibilidad ética frente al afectado. Puesto que la persona jamás puede ser utilizada como mero medio para cualquier tipo de fin, no basta para la admisibilidad de la intervención en la esfera de la persona, que tal intervención sea útil o necesaria para cualquier tipo de finalidad general... Sólo el entendimiento claro de que jamás la mera utilidad social puede justificar la aplicación de un medio, sino únicamente su admisibilidad ética, y sólo el reconocimiento claro de una limitación moral del poder del Estado nos lleva más allá del utilitarismo y nos resguarda de un poder totalitario del Estado.²¹

¹⁹ En este sentido, véase Alexy, "La fórmula del peso", *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.*, nota 18, p. 349.

²⁰ Ampliamente Sanz Morán, *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, 2003, pp. 80 y ss.

²¹ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed., 1969, pp. 244 y s. En nuestra doctrina, siguiendo al anterior, Cerezo Mir, *PG I*, 6a. ed., 2004, p. 42, limitando su alcance "para las medidas de seguridad aplicables a los inimputables o semiimputables"; Gracia Martín, en Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 439. Anteriormente, también Jorge Barreiro, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, 1976, pp. 43, 83 y ss. Con ulteriores referencias Sanz Morán, *Las medidas de corrección*, 2003, pp. 80 y ss.

De esta forma, entiende, en todas las medidas de seguridad debe determinarse

siempre, junto a su conveniencia [*“Zweckmäßigkeit”*] (su “necesidad para la seguridad pública”) su admisibilidad moral frente al individuo. A todas las medidas de seguridad subyace la idea general ético-social de que en la vida de la comunidad sólo puede participar plenamente aquél que puede dejarse orientar por las normas de la vida en comunidad. Toda libertad externa o social se justifica, en última instancia, en la posesión de una libertad interior o moralmente vinculada. Quien no es en absoluto capaz de esta libertad interior orientada por la autodeterminación moral (como los enfermos mentales) o como consecuencia de una aptitud, vicios o hábitos perniciosos, no conserva un dominio suficiente sobre la misma, ya no puede reivindicar una plena libertad social. De ello se justifica el instituto de la custodia de seguridad frente a los delincuentes por estado [*“Zustandsverbrecher”*]. A estos criterios ético-sociales generales se unen una pluralidad de momentos éticos más específicos, así en particular, frente a los enfermos mentales, a los parcialmente inimputables o los toxicómanos, el derecho y el deber del Estado a una asistencia curativa y de auxilio, el derecho de educación frente a los jóvenes y los vagos, etc. Mientras que el criterio general primeramente citado, justifica únicamente la limitación de la libertad en función de la medida y duración de la carencia de autodeterminación moral, los criterios específicos permiten justificar una utilización de esa limitación de libertad para una concreta aplicación, por ejemplo, curación o educación.²²

Por ilustrarlo con un ejemplo, en relación con el supuesto jurisprudencial antes expuesto, la imposición a Evaristo de la medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años se justificaría, pese a su inculpabilidad y con carácter general, siguiendo este otro planteamiento, en la disminución o carencia —inculpable— de la suficiente autodeterminación moral para la vida en sociedad. En tanto que esta persona no es suficientemente capaz de autodeterminación moral, no cabe atender su pretensión —en cuanto ciudadano— a una

22 Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed., 1969, p. 245, si bien matiza: “aber auch hier ist die sittliche Zulässigkeit des Eingriffs unter Berücksichtigung aller Momente zu erwägen: Selbst wenn die Kastration einen Menschen von seinem übermäßigen Geschlechtstrieb zu befreien und ihn soweit zu heilen vermag, bedeutet sie doch zugleich eine Zerstörung wesentlicher Persönlichkeitskomponenten, die niemals durch ihre Nützlichkeit allein, sondern nur durch ihre sittliche Zulässigkeit gerechtfertigt werden kann. Allein die Einwilligung des Betroffenen vermag darum die Kastration ihm gegenüber zu rechtfertigen”.

plena libertad social— debiendo cargar, en consecuencia, con los correspondientes costes iusfundamentales.²³ En un segundo momento, cabría apuntar en particular, el deber del Estado a proporcionar una asistencia curativa a este ciudadano mediante la citada medida de internamiento para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie,²⁴ según los términos del artículo 101, número primero, de nuestro Código penal.

En principio, este planteamiento tampoco permite entender bien la decisión de cambiar el régimen de tratamiento médico a Evaristo, de ambulatorio a internamiento, en la medida en que el sujeto venía “respondiendo de forma favorable al [primer régimen de] tratamiento y presentando un grado aceptable de integración social”,²⁵ luego —según parece— mostrando márgenes satisfactorios de autodeterminación moral. También el deber del Estado a una asistencia curativa apunta a una mayor consideración del “desenvolvimiento individual de su enfermedad”, frente a la “visión social” subrayada.²⁶ Con otras palabras, la propuesta de justificación planteada por *Welzel* permite, en un primer momento, su reducción a una ecuación en términos aproximados a los siguientes: déficit de determinación moral y deber de tutela del Estado como justificación de una afección esencial del principio de libertad —en caso de imposición de la medida de internamiento—. En tanto que este modelo acentúa asimismo el deber de tutela frente a la función de inoquización, se reduce —correspondientemente— la afección del principio de dignidad, pues la imposición de la medida no pretende tanto instrumentar —en particular, desde una concreta “visión social” de rasgos defensivistas, como en el citado pronunciamiento jurisprudencial— sino que se preocupa primeramente de la tutela del ciudadano.

Sin embargo, esta reducción de costes —en tanto que menor afección del principio de dignidad— no esconde ulteriores carencias de este segundo planteamiento. Éstas se manifiestan, en particular, en la justificación de la custodia de seguridad:

23 Al respecto, igualmente ilustrativo *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed., 1969, p. 247: “Der Freiheitsentzug kann sich, gleichgültig ob es sich um Strafe oder Sicherungsmaßregel handelt, nicht wesentlich unterscheiden, da er in beiden Fällen sinnvoll sein und der Versuch der Resozialisierung machen muß”.

24 En este último sentido, ilustrativo *Atienza*, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Manuscrito*, pp. 10 y s. n. 10., hablando, en referencia a *Garzón Valdés*, del principio del paternalismo jurídico justificado: “los órganos estatales deben tomar medidas que se impongan en contra de la voluntad de sus destinatarios, si éstos están en una situación de incompetencia básica y las medidas están dirigidas objetivamente a evitarles un daño”.

25 STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), antecedente de hecho primero.

26 STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), fundamento de derecho quinto.

a todas las medidas de seguridad subyace la idea general ético-social de que en la vida de la comunidad sólo puede participar plenamente aquél que puede dejarse orientar por las normas de la vida en comunidad. Toda libertad externa o social se justifica, en última instancia, en la posesión de una libertad interior o moralmente vinculada. Quien no es en absoluto capaz de esta libertad interior orientada por la autodeterminación moral... [en particular, resulta de interés aquí] como consecuencia de una aptitud, vicios o hábitos perniciosos, no conserva un dominio suficiente sobre la misma, ya no puede reivindicar una plena libertad social. De ello se justifica el instituto de la custodia de seguridad frente a los delincuentes por estado [‘*Zustandsverbrecher*’]

Y se alude, algo más adelante, a las personas con aversión al trabajo —o vagos, “*arbeitsscheu*”—.²⁷ Se trata de que la subordinación de la libertad del ciudadano a su capacidad de orientación por las normas de la vida en comunidad, en especial, en los supuestos de “aptitud, vicios o hábitos perniciosos”, refleja una subordinación del principio de libertad y, con ello, el de dignidad a lo que establezcan los dictados de la vida en comunidad —sobre la aptitud, el vicio o lo socialmente pernicioso— de modo que la idea de autonomía se desgaja y desnaturaliza en buena medida este último concepto —de dignidad,²⁸ en tanto que se presupone como criterio moral último —no principios morales autónoma e individualmente aceptados, sino— las citadas normas que rigen la vida en común.²⁹ Contra ello cabe argumentar, primeramente, que el principio de autonomía —en el discurso moral— es sólo un reflejo de la vinculación de la norma moral a su fuente de legitimación y destinatario³⁰ En este sentido, se apunta en relación con la tercera formulación del imperativo categórico kantiano, “el imperativo de la autonomía, ...que deben rechazarse todas las máximas que no puedan compadecerse con la propia legislación universal de la voluntad..., la voluntad sólo está sometida a las

27 Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, cit., nota 21, p. 245.

28 Al respecto, ilustrativo Atienza, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *manuscrito*, pp. 9 y ss. Igualmente Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, p. 293.

29 En este sentido, también Sanz Morán, en Bajo Fernández *et al.*, *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 969 y ss., p. 972, con ulteriores referencias en n. 18 y ss.; anteriormente, también el mismo, *Las medidas de corrección*, 2003, p. 81.

30 Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, pp. 125 y ss., 229 y ss., 126: “el punto de vista globalizador desde el cual se aprecia ese interés social [el interés de la sociedad en su conjunto] no es constitutivo del discurso moral, con lo que ese interés está supeditado a la satisfacción de derechos que protegen intereses individuales... el interés colectivo de un grupo social, caracterizado en contraposición tanto con los intereses de los individuos que lo componen como con el interés colectivo de otros grupos sociales, no genera razones originales para justificar acciones”.

leyes de las que ella misma puede considerarse autora”.³¹ Luego, un intento de justificación ética debiera comenzar, no por las normas que, en un momento dado, rigen la vida en sociedad, sino a partir de la autonomía moral del ciudadano.³² En el marco del discurso jurídico cabe señalar asimismo, la anteposición de aquél —el ciudadano, frente— a la colectividad,³³ de ahí que, a todas luces, resulte insuficiente como justificación de este tipo de intervenciones la separación de tales pautas normativas, por ejemplo, mediante una actitud refractaria al trabajo o la afición por las artes marciales mixtas —y correlativos márgenes de peligrosidad.³⁴ En cualquier caso, volviendo al discurso práctico general —o discurso moral—, cabe recordar aquí que “un buen test de la firmeza de nuestra actitud de adhesión al principio de autonomía consiste en verificar si estamos dispuestos a tolerar no sólo las formas de vida que nos

31 Atienza, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Manuscrito*, p. 17; asimismo, en p. 12: “el principio de dignidad humana exige que se respete el principio del individualismo ético o de autonomía: «nadie puede imponer a otro obligaciones que éste no desee asumir, a no ser que esa sea la única forma de asegurar un derecho básico de otro individuo o de sí mismo». En un sentido próximo Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, p. 230: “es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos” (cursiva en el original).

32 En este sentido Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, pp. 231 y ss., 234, hablando de una preeminencia *prima facie* del principio de autonomía como regla básica del discurso moral.

33 En este sentido, se señala en la *BVerfGE* 7, 28, p. 205: “daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will..., in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt... Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten”; asimismo *BVerfGE* 7/46, p. 405, señalando “daß nach der Gesamtauffassung des Grundgesetzes die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Wert ist”. En relación con la estructura del texto constitucional alemán, igualmente ilustrativo Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., 2007, p. 385: “la Ley Fundamental, desde el punto de vista de su texto y de su génesis, tiene primariamente el carácter de una Constitución burguesa y de Estado de derecho orientada hacia los derechos de defensa”.

34 Aun cuando el principio de autonomía —como principio— se presta a ponderación; ilustrativo Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, pp. 190, 229 y ss., quien diferencia entre una moral personal o “autoreferente” y una moral social o “intersubjetiva”, apuntando, en este último sentido, p. 234, que “como los principios de la moral intersubjetiva están dirigidos precisamente a preservar la autonomía de los individuos frente a actos de terceros que la menoscaban, entonces hay razones para que el Estado y otros individuos hagan valer tales principios aun contra quienes no los adoptan libremente: si bien ello infringe el principio de autonomía al impedir la ejecución de acciones autónomas, está prescrito por el mismo principio de autonomía, puesto que se trata de hacer posible otras acciones autónomas”.

parecen nobles e inspiradas sino también las que nos chocan por aborrecibles o estúpidas”.³⁵

2. Un intento de justificación utilitarista

En un sentido distinto, incluso en cierto modo, contrapuesto al anterior, apunta Roxin:

tras la exposición de las teorías de la pena se puede advertir por qué un derecho penal vinculado al principio de culpabilidad precisa de la segunda vía de las medidas de seguridad: la autolimitación de la violencia invasiva [“*Eingriffsgewalt*”] estatal, debido a la vinculación de la medida de la culpabilidad, si bien permite por lo general una adecuada compensación entre las exigencias de protección estatal y los intereses de libertad de los sujetos al Derecho; en casos concretos, puede ser que la peligrosidad de un autor para la generalidad sea tan grande que el castigo de la culpabilidad no baste para asegurar, frente a sus agresiones, a la generalidad. Cuando por ejemplo, un discapacitado psíquico, sólo en muy limitada medida imputable, comete hechos violentos de gravedad y previsiblemente, seguirá cometiendo los mismos, su limitada culpabilidad (§ 21) sólo justifica una pena también limitada. Pero la protección de la generalidad hace preciso, además, su internamiento, para fines de corrección y seguridad, en un hospital psiquiátrico.³⁶

Apuntando a su vez, que

también a los autores, en los que no concurren este tipo de trastornos manifiestos, puede imponerse una custodia de seguridad, cuando continúan reincidiendo y amenazan con seguir causando graves daños (contrástese

³⁵ Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, p. 446; por lo demás, sobre la relevancia de estos argumentos en el discurso jurídico, igualmente v. pp. 20 y ss.

³⁶ Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4a. ed., 2006, § 3 B marg. 63. En un sentido próximo Frisch, *ZStW*, 102, 1990, pp. 367 y ss., apuntando igualmente deberes de protección por parte del Estado. Entre nosotros, para los supuestos de criminalidad culpable Gracia Martín, en Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 440; siguiendo al anterior Boldova Pasamar, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ReCrim*, 2009, p. 299 (<http://www.uv.es/iccp/recrim/recrim09/recrim09a05.pdf>; última visita: 2 de marzo de 2010); con carácter general Muñoz Conde y García Arán, *PG*, 7a. ed., 2007, p. 52. Por lo demás, al respecto ilustrativo Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 2a. ed., 2006, pp. 52 y ss.

§ 66), cuya duración excede ampliamente del castigo posible según el principio de culpabilidad... Todas [las medidas de seguridad] se basan en la idea de una peligrosidad del autor, para la generalidad, irresoluble a través de la pena.³⁷

Más concretamente, en relación con el fundamento de esta segunda vía, apunta el profesor de Munich el descuido por parte de la doctrina pese a su importancia, concluyendo que

la respuesta [a ello, al fundamento de las medidas] sólo puede deducirse del principio de la ponderación de intereses [*“Güterabwägung”*]: según esto, puede privarse de libertad cuando su uso conduce, con alta probabilidad, a perjuicios en otros que en su conjunto prevalecen ampliamente frente a las limitaciones que debe aceptar sobre sí el causante del peligro a través de la medida de seguridad. Con ello [apunta, siguiendo a *Nowakowski*] se ponen el “valor y la dignidad de la persona... con todo su peso en el platillo de la balanza. Cuanto más se aprecien éstos por el Ordenamiento jurídico, más reducido será el conjunto de peligros, contra los cuales entra en consideración la medida preventiva”.³⁸

Se trata, por tanto, de una justificación centrada, no en el concreto afectado por la medida —como por ejemplo, trataba *Welzel*, sugiriendo un posible déficit de determinación moral— sino de una ponderación de intereses, en particular, en función de los intereses de autoprotección de la sociedad —“asegurar a la generalidad de sus agresiones”, “la protección de la generalidad hace preciso, además, su internamiento, para fines de corrección y seguridad”, “puede privarse de libertad cuando su uso conduce, con alta probabilidad, a perjuicios en otros que en su conjunto prevalecen ampliamente frente a las limitaciones que debe aceptar sobre sí el causante del peligro a través de la medida de seguridad”, por poner tres ejemplos.

Una primera objeción que cabe realizar a este planteamiento reside en su alto componente intuitivo. Ciertamente, aquí, se trata de principios —dignidad, libertad, prevención, entre otros afectos— y éstos, en tanto que mandatos de optimización, empujan a la ponderación y —a través

³⁷ Roxin, *AT I*, 4a. ed., 2006, § 3 B marg. 63.

³⁸ *Ibidem*, § 3 B marg. 66, subrayando el significado del principio de proporcionalidad, marg. 67: “die vom Täter ausgehenden Schäden und Gefahren müssen trotz des präventiven Interesses an ihrer Verhinderung hingenommen werden, wenn sie geringer sind als die Freiheitseinbuße, die die Maßregel für den Betroffenen mit sich bringen würde”.

de ésta, lógicamente— a la eficiencia.³⁹ Ahora bien, no se hace un ulterior esfuerzo en determinar el peso abstracto de los mismos, posibles márgenes de satisfacción/afección de los concretos principios en conflicto o la base empírica correspondiente a las distintas premisas —por ejemplo, “*protección* de la generalidad”.⁴⁰ Simplemente, se alude a su ponderación en una balanza y que a mayores costes —esto es, “más se aprecien éstos por el Ordenamiento jurídico”— más reducido será el conjunto de peligros, contra los cuales entre en consideración la concreta medida seguridad. Frente a ello, cabe avanzar de momento que los márgenes de eficiencia de una ponderación de intereses no cubren, entre otros supuestos, el tenor literal del § 66 del Código Penal alemán, en relación con la custodia de seguridad —de ahí las dudas sobre su legitimidad.⁴¹ Pero vayamos por partes.

En relación con la STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), veíamos que la decisión de imponer a Evaristo la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años, se reducía a las siguientes razones:

la medida de seguridad se fundamenta..., en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito... [se apunta que] la recuperación mental del sujeto inimputable condicionará su peligrosidad criminal, pero la imposición de la medida de seguridad debe ser proyectada con una visión social de su peligrosidad criminal.⁴²

Se trata, según se dijo, de razones de prevención especial en el sentido de inocuización —pese a la naturaleza esencialmente terapéutica de esta medida—. Frente a ello, en el otro platillo de la balanza debe situar-

39 Hablándose, por tanto, de un concepto normativo de eficiencia que atiende a la significación para el derecho de los costes y márgenes de rendimiento en relación con los citados principios; al respecto ilustrativa van Aaken, “Rational Choice”, *in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorien im Recht*, 2003, pp. 19 y ss., 70 y ss., 181 y ss., 266 y ss., 296 y ss, 325 y ss., 337 y s.; con carácter general, p. 73: “Ein Aktor ist dann rational, wenn er seinen *erwartenden Nutzen* unter Restriktionen maximiert”. Asimismo v. Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 2a. ed., 2006, pp. 196, 208, 211 y ss.: “Effizienz und Gerechtigkeit schliessen sich keineswegs aus, sondern stehen in einer vielfältigen Wechselbeziehung zueinander... *Effizienz ist... stets auch ein Gebot der Gerechtigkeit*”.

40 Al respecto, Alexy, “La fórmula del peso”, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., nota 18, pp. 351 y ss.

41 Así ya Sánchez Lázaro, “Öffentliche Meinung und Strafrecht”, *ZIS* 2008/4, pp. 195 y ss. (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_4_234.pdf, última visita: 2 de marzo de 2010). Igualmente ilustrativo el mismo, *Una teoría de la argumentación juridico-penal*, 2009, pp. 175 y ss.

42 STS, 2a. , 23.1.2004 (Ar. 2176), fundamento de derecho quinto.

se una afectación grave y esencial del principio de libertad: “internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años”. También, en un segundo momento, cierta afectación del principio de dignidad, pues la proyección “con una visión social de la peligrosidad criminal” supone una acentuación en el grado de instrumentación del sujeto —mediante la imposición de la medida (de carácter terapéutico, pero) en función menos del “desenvolvimiento de la enfermedad”, como de esa etérea “visión social”— y, de este modo, se acentúan los costes para el principio de dignidad.⁴³ Pero ello precisa —y permite— ulteriores concreciones.

Así, las razones preventivas —en concreto, preventivo-especiales en el sentido indicado— adquieren un ulterior peso y concreción mediante su relación con los bienes amenazados: vida e integridad física, dada la naturaleza del hecho realizado por Evaristo.⁴⁴ Sin embargo, en relación con su peso abstracto —o abstracto concreto, en tanto que las razones de prevención siempre precisan remitirse a un concreto interés en relación con el cual cobra sentido y peso el argumento preventivo— debe advertirse lo siguiente: no se trata de los bienes vida e integridad física, sin más, sino de la tutela preventiva de éstos, luego, de tales bienes desde la perspectiva de las necesidades de autoprotección de la sociedad. Por ello, en un marco normativo orientado hacia los derechos de defensa, éstos —la idea de prevención en relación con los bienes vida e integridad física— merecen un peso abstracto menor que aquellos —los bienes vida e integridad física, sin más; en tanto que la orientación hacia los derechos de defensa supone cierta subordinación al ciudadano de las necesidades de autoprotección de la sociedad. En un segundo momento, habría que establecer el grado de satisfacción de tales intereses, esto es, el grado de tutela de tales bienes mediante la imposición de la concreta medida de seguridad. En ese sentido, y en tanto que el sujeto venía “respondiendo de forma favorable al tratamiento [en régimen ambulatorio] y presentando un grado aceptable de integración social”,⁴⁵ parece que habían menguado considerablemente sus aristas de peligrosi-

43 En este sentido, ilustrativo Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, pp. 291 y ss. En relación con la segunda formulación del imperativo categórico kantiano y su carácter graduable —así como los correlativos costes para el principio de dignidad, ilustrativo Atienza, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Manuscrito*, p. 21: “lo que está prohibido no es tratar a otro ser racional como un medio (lo que, naturalmente hacemos todos constantemente), sino tratarle sólo como un medio”. En nuestra doctrina, ilustrativo Boldova Pasa-mar, *ReCrim*, 2009, p. 302.

44 Ampliamente Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 166 y ss., 175 y ss.

45 STS, 2a. , 23.1.2004 (Ar. 2176), antecedente de hecho primero.

dad; en consecuencia: grado de satisfacción —o si se quiere, de eficacia preventiva— moderado o leve. Mientras que en relación con la base empírica de esta aserción es preciso reflejar la incertidumbre endémica de los juicios de peligrosidad;⁴⁶ en consecuencia, no podría hablarse más de una plausible satisfacción moderada de los bienes señalados —prevención, en relación con los bienes jurídicos vida e integridad física—.

Frente a ello, como costes —derivados de la consecuencia jurídica que, en principio, se justifica: internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años— cabría situar en el otro platillo de la balanza, cuando menos, dos principios. Primeramente, el principio de libertad, si bien ahora, referida a un concreto ciudadano, Evaristo —luego, no desde una visión colectiva o vinculada a las necesidades preventivas de la sociedad. El grado de intervención en el mismo debe considerarse como grave, en tanto que sólo permitiría un ejercicio condicionado y marginal de su libertad.⁴⁷ Mientras que la base empírica de las anteriores aserciones se revela particularmente alta: la aplicación de la medida de internamiento supone *efectivos* costes graves para el principio de libertad —en contraste con el carácter meramente plausible que permite la función de prevención. En un segundo momento, cabría apuntar el peso abstracto grave del principio de dignidad, que se menoscaba en mayor medida en tanto que se desplaza el criterio de valoración del grado de “desenvolvimiento de la enfermedad”, a la apuntada “visión social” —lo que acentúa el grado de instrumentación.⁴⁸ Si bien, el grado de afectación es más difícilmente precisable —pues esta otra afectación no se concreta en el encierro de alguien— lo que nos lleva, en principio, a moderar el mismo: ¿leve?, si bien su relación con la otra consecuencia jurídica en cuestión y, en particular, la posibilidad apuntada de una orientación hacia “el desenvolvimiento de la enfermedad” del afectado, nos permite acentuar el grado de afectación: media, frente a una afectación leve que atiende en mayor medida a este último aspecto —“el desenvolvimiento de la enfermedad”. Y lo mismo sucede con la base empírica, se trata de un principio que no permite particulares márgenes al respecto: el criterio escogido favorece una acentuación del grado de

46 Así, véase Frisch, *ZStW*, 102, 1990, p. 373. Sin embargo, v. Robles Planas, *Indret*, 2007/4, p. 15: “la rudimentaria noción de la peligrosidad criminal (y de los inseguros criterios para su determinación individual) se ha quedado anticuada para fundamentar la reacción penal. Más bien la tendencia parece ser la de que sólo la *garantía de no peligrosidad* impide la intervención coactiva”.

47 Véase Urruela Mora, *Las medidas de seguridad*, 2009, pp. 150 y ss.

48 Pese a los matices recogidos en la segunda sentencia, STS, 2a. , 23.1.2004 (Ar. 2176).

instrumentación del sujeto, pues desplaza los intereses de este, por los de la colectividad, luego ¿leve?, quizá, apurando ¿medio o plausible? Y ello puede representarse así:

Si se adscribe a los principios de libertad y dignidad un valor alto —partiendo de una escala triádica 1, 2 y 3, luego— 3,⁴⁹ y frente a ello reflejamos la relativización de los bienes vida e integridad física, en tanto que se trata —a través de los mismos— de las necesidades de autoprotección de la sociedad, mediante la adscripción de un valor menor, por ejemplo, 2, nos viene quedando el siguiente cuadro:

	razones a favor	razones en contra
Medida de internamiento	2·2	3·3

En un segundo momento, en relación con los correlativos márgenes de satisfacción/intervención, cabe señalar la moderada eficacia preventiva de la medida, dada la correspondiente mengua de las aristas de peligrosidad mediante el tratamiento ambulatorio; luego: —leve o— 1. Frente a ello, el grado de intervención en el principio de libertad pudiera calificarse como grave: 3. Si bien el establecimiento de la afectación del principio de dignidad obliga a movernos en niveles más bajos; según habíamos dicho: —no más de media o— 2. Luego:

	razones a favor	razones en contra
	2·2	3·3
Medida de internamiento	1·1	3·2

Finalmente, en relación con la base empírica, la afectación del principio de libertad —mediante el internamiento del sujeto— permitiría una

⁴⁹ Entre otras STC, 1a. , 2.11.2004 (Ar. 181, MP: María Emilia Casas Baamonde), fundamento de derecho décimo tercero; BVerfGE 27/1, p. 6: "In der Wertordnung des Grundgesetzes ist die Menschenwürde der oberste Wert"; en términos similares, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, BVerfGE 7/46, p. 405, señalando "daß nach der Gesamtauffassung des Grundgesetzes die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Wert ist"; BVerfGE 7, 28, p. 205; STC, 2a. , 5.5.2003 (RTC. 82), del 5 mayo, fundamento de derecho tercero: "en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (artículo 17, CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales". Ampliamente, al respecto Sánchez Lázaro, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 175 y ss.

calificación de la misma como cierta, luego: 3.⁵⁰ Mientras que en relación con el grado de tutela preventiva no podemos ir más allá de unos márgenes moderados: —plausible o— 2. Y algo similar ocurría en relación con la base epistémica relativa al grado de afectación del principio de dignidad; decíamos: —plausible, por tanto, otra vez— 2. Y con ello nos quedaría un cuadro aproximado al siguiente:

	razones a favor	razones en contra
	2·2	3·3
Medida de internamiento	+ 1·1	3·2
	2·2	3·2
	(5)	- (21)

El resultado negativo, en tanto que prevalecen las razones en contra, revela cual sería el resultado de la ponderación de intereses: contraria a la imposición de la medida de internamiento —ineficiente, por tanto, en los términos normativos expuestos.⁵¹ Y con ello se daría un paso más frente a las abstractas posiciones, de alto contenido especulativo, que se agotan en meras alusiones a ponderaciones de intereses.⁵² Sin embargo, se sigue obviando el mínimo común denominador de las distintas medidas de seguridad —en sentido estricto—.

En cualquier caso, en relación con la comprensión que sugiere Claus Roxin, se advierte ya que una vez que trascendemos la vacua abstracción en que se agotan —en mayor o menor medida— las vagas alusiones a la ponderación de intereses, y se procede, en efecto, a concretar y ponderar —los pesos de— los diferentes principios en conflicto que concurren en la imposición de una consecuencia jurídica de esta naturaleza, los márgenes para una legítima —y en tal sentido, eficiente— imposición de las medidas de seguridad son bastante más moderados de los que

⁵⁰ Sobre ello Alexy, "La fórmula del peso", *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., nota 18, pp. 370 y ss., sugiriendo como variables para una segunda ley de la ponderación, "ley epistémica de la ponderación", los "tres grados epistémicos de cierto o seguro (s), plausible (p) o no evidentemente falso (e)".

⁵¹ Ilustrativo Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 2a. ed., 2006, pp. 208, 211 y ss.

⁵² Aun cuando, ciertamente, en todo proceso de ponderación en derecho son inevitables ciertos contenidos de arbitrariedad; en particular, cuando se recurre a su expresión numérica, si bien a través de ello, no se pretende más que una ilustración metafórica del discurso subyacente. Al respecto Alexy, "La fórmula del peso", *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., nota 18, pp. 370 y ss. Con mayores matices Bäcker, Carsten: "Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht", *ARSP* 2005, 103, pp. 107 y ss.

permite intuir el profesor de Munich en su monumental manual;⁵³ en particular, cuando se atiende a la significación de los concretos intereses afectados —dignidad, libertad, prevención, particularmente— en el marco de la constitución normativa de la sociedad.

III. ESBOZO DE UNA COMPRESIÓN PERSONAL: LA SEGUNDA VÍA COMO RAZONES DE LIBERTAD

De la vinculación que se establece, primeramente, entre el catálogo de medidas de seguridad y las causas de inimputabilidad se infiere —en particular, en relación con el modelo recogido en nuestro Ordenamiento jurídico⁵⁴— una primera razón para justificar la imposición de las mismas: razones —relativas al principio— de libertad. En este primer sentido, la imposición a un ciudadano inimputable, por ejemplo, de una medida de internamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie —según dispone el artículo 101 del Código, en su número primero— supone la intervención o afección del ejercicio de una libertad —en un sentido débil, esto es— predominantemente fenotípica y carente, por tanto, de significación moral,⁵⁵ en aras de favorecer o reintegrar una libertad en un sentido fuerte y, por tanto, capaz de —significación moral y, con ello, en el marco del discurso jurídico, de— culpabilidad jurídico-penal.⁵⁶ Sobre ello, se comprende también su presupuesto, la exención —en este último plano, esto es, en el marco jurídico— de responsabilidad: ejercicio insuficiente de libertad —o, profundizando un poco más, de voluntariedad en la instrumentación fenotípica de la misma.⁵⁷ En este sentido,

53 En particular Roxin, *ATI*, 4a. ed., 2006, § 3 B margs. 63 y ss.

54 En relación con el Código penal alemán, véase igualmente §§ 63, 64 y 67; en relación con el Código penal italiano, v. artículo 215; en relación con el Código penal suizo, véase arts. 59 y ss., por poner tres ejemplos.

55 En este sentido, apunta Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 17: “Bei den nach § 20 StGB, also wegen «biologischer» Defekte Unfähigen handelt es sich um Personen, bei denen mit dem Fehlen der Zurechnung als schuldhaft zugleich deutlich gemacht wird, daß sie als vollwertiger Partner des sozialen Bereichs, den das Recht regelt, nicht in Frage kommen. Sie sind nicht das, was man im rechtmäßigen wie rechtswidrigen Verhalten selbst ist, sondern *Störfaktoren, wie Naturkatastrophen Störfaktoren sein können*” (cursiva añadida).

56 Ilustrativo Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, pp. 274 y ss. Por lo demás, sobre la relación entre el discurso jurídico y el discurso práctico general, véase Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1989, pp. 35 y ss.

57 Deslegitimándose con ello, en el plano moral la imposición de la pena jurídica; así Nino, *Ética y derechos humanos*, 1989, pp. 274 y ss. Igualmente Hierro, Liborio L., “Libertad y responsabilidad penal”, *ADPCP*, 1989, p. 568, señalando el libre albedrío como “presu-

se condiciona en los artículos 101 y siguientes del Código Penal la imposición de las medidas de seguridad a que el sujeto “sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1o. del artículo 20”, “al número 2o.” o “al número 3o.” del citado precepto, mientras que en el artículo 104 se prevé la posibilidad de imponer las mismas “en los supuestos de eximente incompleta en relación” con los supuestos anteriores: anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena y alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia.

En un segundo momento, este principio —de libertad, en tanto que mandato de optimización— ofrece una estructura graduable, en correspondencia con la categoría de la culpabilidad, de forma que a medida que mengua el déficit de culpabilidad en el sujeto se acentúan las razones —para prescindir también, de esta otra forma de consecuencia jurídica, en tanto que refleja una acentuación de la significación moral y jurídica, del ejercicio— de libertad. De esta forma, el fundamento de la consecuencia jurídica —básicamente, razones de libertad— se va debilitando de una forma progresiva, a medida que se aprecia una mayor capacidad de culpabilidad en el concreto sujeto, tornando tales razones —de razones de fundamento— a costes a ponderar en contra —o como costes— de la imposición de la concreta medida de seguridad.⁵⁸ Por ilustrarlo con un ejemplo:

Según la STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), cuando los hechos tuvieron lugar Evaristo “padecía una esquizofrenia paranoide, con ideas delirantes, encontrándose en una situación de crisis o brote de su enfermedad, lo que anulaba totalmente sus facultades intelectivas y volitivas”,⁵⁹ entonces, la imposición de una medida de seguridad de internamiento para tratamiento médico no suponía costes tan graves para el principio de libertad, en tanto que se afectaba una libertad esencialmente fenotípica, en la medida que éste —según se dice— tenía totalmente anuladas las citadas “facultades intelectivas y volitivas”. En este primer momento, el déficit de libertad de Evaristo no operaba tanto en contra como a favor de la imposición de la medida de seguridad en tanto que a través de la misma —como apuntamos— se favorece o reintegra una libertad en un sentido fuerte y, por tanto, capaz de —significación moral y, con ello, en

puesto valorativo general del sistema que *convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral*”. Por lo demás, al respecto, recientemente Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, “Deconstruyendo la culpabilidad”, *Revista penal*, en prensa.

⁵⁸ Con carácter general, desde el principio de necesidad, últimamente Urruela Mora, *Las medidas de seguridad*, 2009, pp. 35 y ss. En la doctrina alemana, por ejemplo, véase Frisch, *ZStW*, 102, 1990, pp. 367 y ss.

⁵⁹ STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), antecedente de hecho primero.

nuestro discurso, de— culpabilidad jurídico-penal.⁶⁰ Ahora bien, la situación varía sustancialmente en el momento en que conoce nuestro Tribunal Supremo, pues entonces Evaristo se encontraba “sometido a tratamiento médico en régimen ambulatorio en los servicios de salud mental de la Comunidad de Madrid, respondiendo de forma favorable al tratamiento y presentando un grado aceptable de integración social”.⁶¹ Luego, lo que en un primer momento constituían buenas razones para la imposición de una medida de internamiento, tornan ahora buenas razones —razones iusfundamentales— para prescindir de la misma. Pues ya no se interviene una libertad en sentido débil, esto es, con significación meramente fenotípica, sino capaz de significación moral. Con otras *palabras*, si se adscribe al principio de libertad un valor alto —en la escala adoptada: 1, 2 y 3, luego— 3, lo que inicialmente —entonces, en el momento de los hechos— computaba a favor de la medida de internamiento, ahora se presenta como una buena razón para prescindir de su imposición:

	razones a favor entonces	razones a favor ahora
Medida de internamiento	3	- 3

Igualmente, en relación con la medida de tratamiento médico en régimen ambulatorio, la atenuación del grado de afectación de este principio habla significativamente —y de forma correlativa, ahora, en este segundo momento— a favor de ésta y en contra de la medida de tratamiento médico en régimen de internamiento;⁶² por poner otro ejemplo:

	internamiento	tratamiento externo
Principio de libertad	- 3	- 1

De esta forma, el principio de libertad se presta como argumento en relación tanto con la imposición de las medidas, como con la determinación del concreto régimen de incidencia. Pero con ello, sólo se ofrece una primera razón —si se quiere, un mínimo común denominador— que

⁶⁰ Ilustrativo Hierro, ADPCP, 1989, p. 568.

⁶¹ STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), antecedente de hecho primero.

⁶² Igualmente, véase Urruela Mora, *Las medidas de seguridad*, 2009, pp. 36, 39 y s.

si bien permite una comprensión general de esta otra forma de consecuencias jurídicas, no agota el problema de su justificación. Pues éstas afectan, asimismo, a otro u otros principios —dignidad, prevención, por poner otros dos ejemplos— que requieren igualmente de consideración a la hora de ponderar la racionalidad de la imposición de una concreta medida de seguridad. Igualmente, como hemos visto, el grado de afectación del principio de libertad puede variar en función de la clase de medida de seguridad —internamiento en centro psiquiátrico, tratamiento externo, entre otras de las previstas en el catálogo del artículo 96 del Código—. También la estructura gradual de los mismos —de los principios afectados— o incluso, en relación con un mismo principio, la apreciación de márgenes de incidencia y satisfacción, empuja a ulteriores concreciones. Pues se trata siempre de justificar concretos costes iusfundamentales. En este sentido, por ejemplo, veíamos antes que la evaluación de la medida de internamiento arrojaba el siguiente resultado (II, B):

	razones a favor	razones en contra
	2·2	3·3
Medida de internamiento	+ 1·1	3·2
	2·2	3·2
	(5)	-(21)

Los argumentos a favor se concretaban en razones de prevención relativas a los bienes jurídicos vida e integridad física (2·2), los cuales permitían unos márgenes de satisfacción moderados, dada la mengua de las aristas de peligrosidad de Evaristo (1·1) y si bien los argumentos preventivos adolecen, con carácter general, de una base empírica mínimamente consistente;⁶³ en este caso, el grado de concreción —se trata de Evaristo— y los informes al respecto —aún referidos a un momento anterior al decisorio— quizá pudieran permitirnos hablar —en relación con la base empírica— de *plausibles* razones de prevención (2·2). Mientras que entre las razones en contra se apuntaba, junto al principio de libertad, el principio de dignidad (3·3, respectivamente); en particular, en relación con este último, en tanto que en la imposición de la medida se atiende, fundamentalmente, —no al interés o situación del concreto ciu-

⁶³ En particular, en relación con las medidas, últimamente véase Urruela Mora, *Las medidas de seguridad*, 2009, pp. 69 y ss.

dadano afectado sino— a las necesidades de autoprotección de la sociedad —“visión social”—. Asimismo, en relación con los grados de intervención, se aprecia una intervención grave en el principio de libertad, en tanto que se afecta a un ciudadano que muestra “un grado aceptable de integración social”, mientras que el grado de intervención en el principio de dignidad ofrece mayores resistencias a su determinación: no consiste en encerrar a alguien, si bien se escoge el criterio que subordina en mayor medida los intereses del afectado (luego, 3·2 respectivamente). Mientras que en relación con la base empírica, se advierte igualmente la distinta naturaleza de estos principios. Así, la incidencia en el principio de libertad —mediante el internamiento del sujeto— permite llegar a calificar la misma como cierta, pero la menor tangibilidad del principio de dignidad, pese a la concreción y la relativización que permiten los criterios apuntados en la sentencia —“visión social”, “desenvolvimiento de la enfermedad”— nos empuja a ser moderados (luego, de nuevo, 3·2 respectivamente).

Este mismo esquema, permite una valoración de la medida de sumisión a tratamiento externo. Como costes de la misma pueden computarse las razones que hablan a favor de la medida de internamiento en centro psiquiátrico:

	razones en contra
	2·2
Tratamiento externo	+ 1·1
	2·2
	- (5)

Pues el tratamiento externo asume, frente a la medida de internamiento, mayores costes de prevención en relación con los bienes jurídicos expuestos: el sujeto no está ingresado y, por tanto, se muestra en mayor medida posible que lesione o mate.⁶⁴ Mientras que el principio de libertad computa ahora como razón a favor, en tanto que se trata de afecciones leves sobre la misma —leves, en comparación con la medida de internamiento— en aras de restablecer una libertad en un sentido fuerte y, por tanto, capaz de plena culpabilidad jurídico-penal; luego: peso abstracto —la significación jurídica del principio de libertad— sigue siendo 3, mientras que el grado de incidencia/satisfacción en la misma

⁶⁴ Si bien, permite igualmente ciertos márgenes de prevención, así Urruela Mora, *Las medidas de seguridad, cit.*, nota 63, p. 202.

DECONSTRUYENDO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

baja ahora, aproximadamente, a 2, pues el restablecimiento de la libertad en el sujeto comporta los costes inherentes a la medida de sumisión a tratamiento externo; luego:

	razones en contra	razones a favor
	2·2	3
Tratamiento externo	+ 1·1	2
	2·2	
	- (5)	

Mientras que la base empírica del grado de satisfacción de este principio asume los márgenes de incertidumbre del propio tratamiento y de la ciencia psiquiátrica. En consecuencia, quizá no pueda hablarse de un restablecimiento cierto —en relación con las posibilidades de esta disciplina científica,⁶⁵ pero cuando menos de plausible (2):

	razones en contra	razones a favor
	2·2	3
Tratamiento externo	+ 1·1	2
	2·2	2
	- (5)	

En un segundo momento, también, los costes que se apuntaron anteriormente en relación con el principio de dignidad, se computan ahora como razones a favor, en la medida en que se subordina la señalada “visión social” —y con ello, las necesidades de autoprotección de la sociedad— al interés del concreto ciudadano afectado y en particular, al “desenvolvimiento individual de su enfermedad”.⁶⁶ De esta forma, el cuadro se concreta como sigue:

⁶⁵ Al respecto, ilustrativo Urruela Mora, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 142 y ss.

⁶⁶ En un sentido contrario al recogido en la STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176), fundamento de derecho quinto. Por lo demás, apuntando posibles razones de prevención especial Urruela Mora, *Las medidas de seguridad*, cit., nota 63, pp. 117, 169: “el tratamiento abierto constituye la mejor fórmula para mejorar el clima terapéutico”. Anteriormente, también Muñoz Conde, “Adiciones”, en Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1981, t. II, pp. 124 y s.

	razones en contra	razones a favor
	2·2	3·3
Tratamiento externo	+ 1·1	2·2
	2·2	2·2
	- (5)	+ (17)

Frente a la evaluación de la medida anterior, el resultado positivo refleja ahora, un significativo grado de eficiencia normativa: mediante afectaciones leves al principio de libertad —los costes inherentes a la medida de sumisión a tratamiento externo— y la asunción de leves costes preventivos, se propicia un grado considerable de satisfacción de aquél principio —libertad— así como del principio de dignidad —en tanto que en la imposición de esta medida se atiende, esencialmente, al interés del concreto ciudadano afectado y al “desenvolvimiento individual de su enfermedad”. En este último sentido, se advierte igualmente como la imposición de las medidas empuja, en todo caso, a una ponderación de intereses, en tanto que se trata de justificar concretos costes iusfundamentales, lo cual nos lleva a su vez, a ponderar las distintas razones —a favor y en contra— concretamente concurrentes.

Ciertamente, este modelo de análisis, y en particular la determinación de unos y otros márgenes de costes/rendimientos con un grado aproximado o mayor de concreción, puede encontrar ciertas resistencias —por su complejidad u otro tipo de factores como, por ejemplo, el factor tiempo— en un discurso de aplicación. Por ello, en relación con este último contexto, cabría pensar, por ejemplo, en el esbozo de una serie de pautas de orientación:

1. El principio de libertad ofrece buenas razones para prescindir de las medidas de seguridad.⁶⁷
2. El principio de libertad ofrece buenas razones para minimizar el rigor de las medidas de seguridad.⁶⁸
3. El principio de dignidad ofrece buenas razones para anteponer los intereses del ciudadano concretamente afectado a los intereses de auto-protección de la sociedad.⁶⁹

67 Con carácter general, Muñoz Conde y García Arán, *PG*, 7a. ed., 2007, pp. 54 y 578.

68 Desde distintas perspectivas, entre otros, Frisch, *ZStW*, 102, 1990, pp. 367 y ss.; Roxin, *ATI*, 4a. ed., 2006, § 3 B marg. 67; Silva Sánchez, *El nuevo Código Penal*, 1997, p. 46. En relación con la libertad vigilada, Boldova Pasamar, *ReCrim*, 2009, pp. 295 y s.

69 Recientemente, véase Boldova Pasamar, *ReCrim*, 2009, p. 302.

4. El principio de dignidad —según la comprensión imperante, de influencia kantiana⁷⁰— se satisface en mayor medida, a medida que se subordinan éstos —intereses de autoprotección de la sociedad— a aquéllos— intereses del ciudadano afectado—.

5. Los principios de prevención general y especial como inocuización muestran, en el marco de la constitución normativa de nuestra sociedad, un peso normativo menor que los principios de libertad y dignidad, en tanto que se orientan —frente al ciudadano— a los intereses de autoprotección de la sociedad.

6. El grado de satisfacción de los principios de prevención es difícilmente determinable,⁷¹ agotándose, por lo general, las distintas aserciones al respecto en meras convicciones —elucubraciones— subjetivas del operador jurídico relativas a la —a su juicio, posible— trascendencia preventiva de su decisión.

7. Frente a ello, el grado de afección/satisfacción de los principios de libertad y dignidad es en mayor medida determinable, permitiéndose incluso, en el caso del primero —principio de libertad—, hablar de ciertos costes iusfundamentales, los cuales en este discurso —de aplicación— se trata, por lo general, de justificar sobre cuestionables elucubraciones subjetivas relativas a los principios de prevención.

Pero sobre estas y otras cuestiones, se habrá de entrar ya en otro lugar.

IV. EPÍLOGO: UNA VEZ MÁS, SOBRE LA CUSTODIA DE SEGURIDAD

En una serie de pronunciamientos, el Tribunal Constitucional alemán ha venido respaldando —un sucesivo desarrollo de una medida de perfil diverso a las previstas en nuestro Código— la denominada “custodia de seguridad” (“*Sicherungsverwahrung*”). Sobre mi opinión al respecto, aquí solo interesa señalar lo siguiente.⁷² Primero, que esta otra medida no

70 Ilustrativa BVerfGE NJW, 2004, p. 739: “Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs gemacht werden”; igualmente, señalando la interdicción de “den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt”.

71 Al respecto, véase Bock, Michael, “Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen”, *JuS*, 1994/2, pp. 93 y ss. Con carácter general, Muñoz Conde/García Arán, *PG*, 7a. ed., 2007, p. 54.

72 Por lo demás, véase Sánchez Lázaro, “Alarma social y derecho penal”, *Indret*, 2009/1, pp. 8 y ss. (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_4_234.pdf; última visita: 2

permite una comprensión a través del fundamento antes propuesto; básicamente: razones de libertad.⁷³ Segundo, que las razones expuestas por el Tribunal Constitucional alemán —básicamente, razones de prevención general: “a la comunidad estatal (“*staatlichen Gemeinschaft*”) no le está prohibido protegerse de los delincuentes peligrosos”—⁷⁴ permiten ciertamente, justificar la misma, pero también, por ejemplo, y sobre las mismas razones, la tortura y ejecución del ciudadano *Robert Damiens*⁷⁵ —en tanto se entienda preciso para la protección de la comunidad.⁷⁶ Por lo demás, la constitucionalidad de esta consecuencia jurídica pese a la gravedad de sus costes —primeramente, dignidad, libertad— y la debilidad de sus razones —prevención—⁷⁷ evidencia algunos de los rasgos del discurso jurídico frente al discurso moral. En particular, que en derecho no se trata ni se puede tratar siempre de los mejores argumentos, sino que a veces se trata fundamentalmente, de quién decide —por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán; y que por ello también, la validez en un determinado Ordenamiento jurídico de una concreta consecuencia jurídica como la custodia de seguridad, no dice aún nada de la cuestión relativa a su legitimidad.⁷⁸

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. castellana de Carlos Bernal Pulido, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

de marzo de 2010). Sobre la actual vigencia del pensamiento de la inocuidación, ilustrativo Robles Planas, *Indret*, 2007/4, pp. 1 y ss.

⁷³ En cualquier caso, desde un posicionamiento más próximo al mayoritario, igualmente véase Jescheck/Weigend, *AT*, 5a. ed., 1996, p. 86.

⁷⁴ BVerfGE *NJW*, 2004, pp. 739 y s. Ampliamente, al respecto Urruela Mora, *Las medidas de seguridad*, 2009, pp. 241 y ss. Sobre el denominado derecho penal moderno, ilustrativo Hassemmer, Winfried, “Das symbolische am symbolischen Strafrecht”, en Bernd Schünemann *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1001, 1006 y ss.

⁷⁵ Sobre ello del Val, Juan Antonio, “Introducción”, en Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 1968, pp. 7 y s.

⁷⁶ En este sentido ya, Muñoz Conde, Francisco, “Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht”, *GA*, 1984, p. 221. Más recientemente, también Urruela Mora, *Las medidas de seguridad*, 2009, pp. 252 y ss.

⁷⁷ Sin embargo, véase Gracia Martín, en Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 440.

⁷⁸ Al respecto, ilustrativo Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, pássim; el mismo: *Begriff und Geltung des Rechts*, 2a. ed., 1994, pp. 70 y ss., 151 y ss.

- , “La fórmula del peso”, trad. castellana de Carlos Bernal Pulido, en ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- , *Begriff und Geltung des Rechts*, 2a. ed., Freiburg-München, Alber Karl, 1994.
- , *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- , “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Manuscrito*.
- CARSTEN, Bäcker, “Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht”, *ARSP*, 103, 2005.
- BOCK, Michael, “Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen”, *JuS*, núm. 2, 1994.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *ReCrim*, 2009, (<http://www.uv.es/iccp/recrim/recrim09/recrim09a05.pdf>; última visita: 2 de marzo de 2010).
- CEREZO MIR, José, “Prólogo”, en Romeo Casabona, Carlos María, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 7 y s.
- , *Curso de Derecho Penal español. Parte general. I. Introducción*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- FRISCH, Wolfgang, “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtssystem”, *ZStW*, 102, 1990.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en GRACIA MARTÍN, Luis (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- HASSEMER, Winfried 2001, “Das symbolische am symbolischen Strafrecht”, en SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter.

- HIERRO, Liborio L. , “Libertad y responsabilidad penal”, *ADPCP*, 1989.
- JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1976.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996.
- BARREIRO, Agustín Jorge, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1976.
- MATHIS, Klaus, *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2006.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Barcelona, Reppertor, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Las medidas de seguridad: Eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *La Ley*, núm. 3, 1991.
- , “Adiciones”, en JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. castellana de la 3a. ed. alemana y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, t. II, 1981.
- , “Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht”, *GA*, 1984.
- y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 7a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- MUSCO, Enzo, “Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens”, *ZStW*, 102, 1990.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, “«Sexual predators». Estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad”, *Indret*, núm. 4, 2007 (http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf; última visita: 2 de marzo de 2010).
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986.
- , “Prólogo”, en URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, Comares, 2009.

- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4a. ed., München, C.H. Beck, 2006.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “Öffentliche Meinung und Strafrecht”, *ZIS*, núm. 4, 2008 (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_4_234.pdf; última visita: 2 de marzo de 2010).
- , “Alarma social y derecho penal”, *Indret*, núm. 1, 2009, (<http://www.indret.com/pdf/598.pdf>; última visita: 2 de marzo de 2010).
- , *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Granada, Comares, 2009.
- , “Deconstruyendo la culpabilidad”, *Revista Penal*, en prensa.
- SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Granada, Comares, 2001.
- SANZ MORÁN, Ángel J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, Lex Nova, 2003.
- , “Sobre la justificación de las medidas de corrección y seguridad”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel *et al.*, *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005.
- VALLE SIERRA LÓPEZ, María del, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997.
- URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, Comares, 2009.
- , *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004.
- VAL, Juan Antonio del, “Introducción”, en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad., introducción, apéndice y notas de Juan Antonio del Val, Madrid, Alianza editorial, 1968.
- VAN AAKEN, Anne, “Rational Choice”, *in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorien im Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1969.

Jurisprudencia citada

BVerfGE 27/1.

BVerfGE 17/34.

BVerfGE 7, 28.

BVerfGE 7/46.

BVerfGE NJW, 2004, págs. 739 y ss.

STS, 2a., 23.1.2004 (Ar. 2176, MP: Julián Melgar Sánchez).

STC, 2a., 5.5.2003 (RTC. 82, MP: Vicente Conde Martín de Hijas).

STC, 1a., 2.11.2004 (Ar. 181, MP: María Emilia Casas Baamonde).