

PELIGROSIDAD CRIMINAL
Y SISTEMA PENAL EN
EL ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Dr. Eduardo A. Oré Sosa
Walter Palomino Ramírez



EDITORIAL REFORMA

Lima - 2014.

PELIGROSIDAD CRIMINAL Y SISTEMA PENAL EN EL ESTADO
SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

© Autores: Eduardo A. Oré Sosa
Walter Palomino Ramírez

© Derecho de autor reservado:
Editorial Reforma S.A.C.

© Derecho de edición, arte gráfico y diagramación reservados:
Editorial Reforma S.A.C.
Calle Dalton 237 – San Borja
Telf. (511) 225-2006
e-mail: editorialreformasac@gmail.com

Primera Edición, Febrero 2014
Tiraje: 750 ejemplares

Impreso en Editorial Supergráfica E.I.R.L.
Av. Naciones Unidas 1830 Lima
Lima – Perú

ISBN N°: 978-612-46483-1-1

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-00548

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra – incluido el diseño tipográfico y de portada sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico, sin el consentimiento escrito por el editor.

Índice

Presentación	5
--------------------	---

PRIMERA PARTE

Dr. Eduardo Oré Sosa

Medidas de seguridad en estricto y otras medidas
de neutralización para imputables peligrosos

I. MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	9
Introducción	9
1. Origen, concepto y características.....	10
2. Clases de medidas.....	15
3. Sistema vicarial (art. 77).....	19
4. Conclusiones.....	20
II. CADENA PERPETUA.....	23
III. REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD	31
Introducción	31
1. Las agravantes de reincidencia y habitualidad.....	34
1.1 Reincidencia	39
1.2 Habitualidad.....	41
IV. LA INHABILITACIÓN A PERPETUIDAD EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL	43
Introducción	43
1. Derecho comparado.....	45
2. Análisis sobre la legitimidad de la inhabilitación a perpetuidad	48

SEGUNDA PARTE

Walter Palomino Ramírez

Medidas de seguridad complementarias a la pena:
El tratamiento penal del delincuente peligroso en el Estado
Constitucional y Democrático de Derecho

I. Introducción	55
II. Alcances sobre el concepto de «peligrosidad» en la dogmática penal y su relación con el Derecho penal de enemigo	63
III. La propuesta de incorporación de medidas de seguridad post delictivas como un “novísimo” instrumento frente a la peligrosidad criminal	76
IV. <i>Excursus</i> : ¿El recurso a la protección de la seguridad ciudadana puede justificar el empleo de instrumentos que colisionan con el marco axiológico de la Constitución?.....	91
V. Reflexión final: ¿medidas de seguridad complementarias a la pena?	96
VI. A modo de conclusión.....	113
BIBLIOGRAFÍA	115

PRESENTACIÓN

Como cualquier conjunto normativo, el Derecho penal debe estar al servicio del hombre; en otras palabras, no tiene un fin en sí mismo. Las normas penales, entonces, se crean porque son *útiles* y *necesarias*; y, como la otra cara de la misma moneda, se cumplen, más allá de la amenaza de una pena, porque son *legítimas*. Como decía PASCAL, la justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia, tiránica.

Así pues, la norma penal no surge simplemente porque observe una formalidad legal, ni tan siquiera porque sea fruto de la expresión soberana del Estado: la norma penal se legitima por la finalidad superior que le toca cumplir. E, indudablemente, estos fines deben tener como pilar la protección de los derechos fundamentales, en especial, la dignidad y el desarrollo de la personalidad del ser humano.

Sobre este basamento, el presente trabajo pretende analizar la legitimidad de algunas medidas que se destinan a los *imputables peligrosos*. De naturaleza incierta, pues no se reconoce estrictamente en una *pena* –que tiene por fundamento la culpabilidad y se destina a las personas imputables–, ni en una medida de seguridad –prevista para los inimputables o imputables relativos en los que se constata un estado de peligrosidad criminal–, se ha concebido, en otras latitudes, algunas disposiciones, como la custodia de seguridad (Alemania) o la libertad vigilada (España), con las que se pretende afrontar “el problema” de que algunos internos [plenamente imputables] considerados *sine die* peligrosos recobren algún día su libertad.

Ahora bien, el establecimiento de medidas de control post penitenciarias, esto es, aquellas que se ejecutarían con posterioridad al cumplimiento de una condena, plantea problemas con los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Quizás sea esta una razón por la que dichas medidas en concreto –la custodia de seguridad o la

libertad vigilada— no hayan sido recogidas, hasta ahora, en nuestra legislación (aun cuando ya existen algunos proyectos que van en este sentido).

No obstante, conforme se apreciará en este trabajo, nuestro sistema penal alberga una serie de institutos o preceptos que sirven de sucedáneos de estas medidas destinadas a los imputables “altamente peligrosos que no cambiarán su forma de vivir”. Por mencionar algunos ejemplos, tenemos a la cadena perpetua; las penas de larga duración, donde se elimina la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios; la reincidencia y la habitualidad; y la inhabilitación perpetua: ¿Son estas medidas útiles, necesarias, esto es, son legítimas?

Si en algunos casos la perseverancia puede constituir una virtud, esta política sobrepunitivista de hace más de dos décadas (incrementar las penas, crear agravantes, eliminar beneficios penitenciarios, etc.) llega al hartazgo y alcanza niveles de lo intolerable, pues echa sobre las espaldas del condenado la incompetencia del Estado, los temores de la sociedad y el *figuaretismo* de algunas autoridades políticas que, al modificar las normas penales, y como en el *Gatopardo*, cambian las cosas para que sigan igual.

Antes de finalizar, quiero dejar expreso testimonio de agradecimiento a mi colega Walter Palomino Ramírez, quien tuvo a bien participar como coautor en la obra que ahora sometemos a vuestra consideración.

Dr. Eduardo A. Oré Sosa.

PRIMERA PARTE

DR. EDUARDO ORÉ SOSA

**Medidas de seguridad en estricto y otras medidas
de neutralización para imputables peligrosos**

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Introducción

Bien sabemos que la realización de un comportamiento previsto como delito puede merecer tanto la imposición de una pena como de una medida de seguridad. En el primer caso, cuando estamos ante un agente culpable, esto es, una persona accesible al mandato normativo o que puede ser motivado por la norma. En el caso de una medida de seguridad, por el contrario, cuando estamos frente a una persona a quien no se le puede hacer responsable por la realización de un injusto, como es el caso, por ejemplo, de quien sufre alguna enfermedad mental.

No obstante, y a pesar de que aparentemente se tratan de consecuencias jurídicas bien diferenciadas –con fundamentos y fines diferentes–, lo cierto es que penas y medidas de seguridad guardan más de una semejanza –más aún si se hace referencia a las medidas que importan una privación de libertad, como, por ejemplo, la internación–, llegándose a denunciar una suerte de *fraude de etiquetas* que, sobre todo en el pasado, ha supuesto una limitación o restricción inadmisibles en la esfera de libertad de las personas sometidas a una medida de seguridad. No se puede dudar, pues, de la naturaleza punitiva de las medidas de seguridad,¹ lo

¹ “En torno a su **naturaleza jurídica**, la condición punitiva de las medidas de seguridad es indiscutible. Si bien se les suele configurar en la legislación contemporánea como mecanismos asistenciales o de aseguramiento, ellas, al igual que las penas, consisten siempre en una privación o restricción de bienes jurídicos. Son, pues, un medio de control social formal con graves efectos restrictivos en la libertad de las personas”, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Penas. Medidas de seguridad. Consecuencias accesorias. Reparación civil*, p. 156.

que, podemos adelantar, conlleva la necesidad de que estas se vean informadas por los mismos principios limitadores que se prevén para las penas.

1. Origen, concepto y características

En efecto, en un inicio (escuela clásica) la pena era concebida como justa retribución (castigo) al delito cometido, la misma que se fundamentaba en la culpabilidad (y esta en el *libre albedrío*) del autor. En este sentido, Kant rechazaba cualquier intento de justificar la pena en razones de utilidad social (fines preventivos), ya que si el hombre es un *fin en sí mismo* no era lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad. Las cosas se mostraron distintas con el positivismo, pues la negación del libre albedrío condujo a buscar un fundamento distinto para la pena. En el positivismo criminológico, la *defensa social*, esto es, la necesidad de la sociedad de defenderse de los *sujetos peligrosos*, pasó a constituir fundamento de la sanción. De este modo, de la retribución por el mal cometido, se pasó a la prevención (especial) de futuros delitos; pero como la peligrosidad también puede predicarse de los que carecen de capacidad de culpabilidad (inimputables), se previó para ellos las medidas de seguridad.

Nótese que las medidas de seguridad sortean las dificultades de una *pena* retributiva proporcional y fundada en la culpabilidad del autor: inviable en los faltos de culpabilidad, insuficiente en los delincuentes de estado o reincidentes. En este sentido, las medidas de seguridad “nacen para hacer frente a ciertos supuestos de peligrosidad que no pueden neutralizarse con la pena”.² Si en von Liszt la pena ya asume funciones preventivas de corrección y aseguramiento³, estas funciones cobran autonomía –aunque de manera complementaria a la pena– con las medidas de seguridad.

² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*, p. 306.

³ Según von Liszt, como se sabe, se buscaba intimidar al aún *intimidable*, corregir al *corregible* y hacer inofensivo o inocuizar al *incorregible*.

Se predica de las medidas de seguridad, como quien marca las diferencias con una pena fundada en la culpabilidad, que se fundamentan en la peligrosidad del autor. Esta peligrosidad es entendida como una *peligrosidad criminal*, esto es, como la posibilidad de que el agente cometa *delitos* en el futuro, no cualquier hecho socialmente desaprobado (*peligrosidad social*). No solo eso, es común excluir la imposición de una medida de seguridad, aun al agente “peligroso” –si es que esto se pudiera determinar de manera certera e inequívoca–, si dicha peligrosidad no se ha manifestado en la realización de un hecho previsto como delito. De este modo, presupuestos fundamentales para la aplicación de una medida de seguridad son la peligrosidad criminal⁴ y la realización previa de un injusto, en otras palabras, estamos ante medidas de seguridad *postdelictuales*, quedando proscritas las de tipo *predelictual*.⁵

Ahora bien, es de mencionar que fundar la imposición de una medida de seguridad en la peligrosidad del agente ha sido objeto de constantes críticas. Se señala que el estado de peligrosidad vendría a ser no más que un rezago de “antiguas tesis positivistas naturalistas”⁶ y que, mucho peor, el pronóstico sobre si se ha de realizar un comportamiento delictivo en el futuro está lejos de ser mensurado en términos certeros.⁷ Con todo, se trata de un concepto

⁴ “Esta peligrosidad criminal tiene que deducirse del hecho y de las circunstancias personales del sujeto”, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho Penal. Parte General. Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 79.

⁵ Así ha quedado recogido en el Código Penal:
“Artículo 72.- Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes:

1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y
2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos.”

⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas. Tomo I. Derecho penal. Parte general*, p. 724, quien agrega que “establecer un criterio de peligrosidad resulta inconstitucional, pues se está aplicando una sanción en razón de las características personales y no en virtud de un hecho realizado, con lo cual nuevamente se está ante un Derecho Penal de autor y no frente a un Derecho Penal del hecho”.

⁷ “Es sabido que los pronósticos de peligrosidad son inseguros. La posibilidad de predecir conductas humanas es altamente problemática. En este punto, ni la

del que resulta difícil desprenderse y que, en todo caso, más que como fundamento debe servir como límite para la imposición de una medida de seguridad.

Al margen de estas críticas, la coexistencia de penas y medidas de seguridad conllevaría la adopción de un sistema dualista o de doble vía, donde la respuesta frente a la conducta criminal se afrontaría con las penas, por un lado, y las medidas de seguridad, por el otro. La pena, de carácter “retributivo” y fundamentado en la culpabilidad, miraría al pasado, esto es, al hecho cometido; mientras que la medida de seguridad, de carácter preventivo especial y que se sustenta en un pronóstico de peligrosidad, miraría al futuro. No obstante, la sencillez de este esquema no puede mantenerse cuando se predica que la pena también adopta finalidades preventivas o, más aún, cuando su cumplimiento está orientado a la prevención especial⁸; en otras palabras, un sistema dualista parece insostenible si se asume alguna de las posturas relativas o mixtas de la Teoría de la Pena.

Por si fuera poco, el riesgo de afectación a la libertad sin un mínimo de garantías es grande si se toma en cuenta que las medidas de seguridad también suponen limitaciones importantes en la esfera individual de las personas –v. gr. privación de la libertad, como en la medida de internación– que no estarían limitadas por las garantías previstas para las penas. En efecto, la pena debe ser proporcional y, consecuentemente, no debe superar la culpabilidad por el hecho;

psiquiatría ni la psicología pueden ofrecer una solución, y a pesar de múltiples esfuerzos tampoco la criminología ha logrado predecir la reincidencia con alguna seguridad. Los pronósticos que suelen hacerse en esta dirección están plagados de generalizaciones e inseguridades y los índices de éxito son más que humildes. En este sentido, ninguno de los diferentes métodos de pronóstico (estadístico, intuitivo o clínico) que se mencionan usualmente, o su combinación, promete más que una mera «probabilidad», vid. ZIFFER, Medidas de seguridad y pronósticos de peligrosidad, pp. 773-774.

⁸ *Const. art. 139. Principios de la función jurisdiccional.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

la medida de seguridad, afirmada no en la culpabilidad, sino en la peligrosidad del sujeto, podría ser, de perdurar esta [la peligrosidad], hasta indeterminada. El *fraude de etiquetas*, tantas veces denunciado por la doctrina, estaría servido.

Por esta razón, las medidas de seguridad también son revestidas de una serie de garantías, tales como la legalidad⁹, jurisdiccionalidad¹⁰, proporcionalidad¹¹ y temporalidad¹². El mismo artículo 73 del CP reconoce que las medidas de seguridad “deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado”. Ciertamente que este último principio se sostiene en un pronóstico de peligrosidad, es decir, un juicio de probabilidad cuya imprecisión o falta de certeza ya fueron indicados anteriormente. Con independencia de esto, esta similitud en cuanto a contenido [privación de libertad], fines [preventivos] y principios no hace sino aproximar aún más a penas y medidas, lo que genera mayores problemas a la hora de imponer o ejecutar penas y medidas que importen una privación de libertad (v. gr. pena privativa de libertad e internación). Ante esto, y con independencia de aquellas soluciones que plantean un

⁹ Título Preliminar CP. Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o *medida de seguridad* que no se encuentren establecidas en ella.

Artículo III.- No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, *definir un estado de peligrosidad* o determinar la pena o *medida de seguridad* que les corresponde.

¹⁰ Título Preliminar CP. Artículo V.- Sólo el Juez competente puede imponer penas o *medidas de seguridad*; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.

¹¹ Según el artículo VIII del Título Preliminar CP, la *medida de seguridad* sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

¹² Las medidas de seguridad no son indeterminadas, su duración debe ser fijada en la sentencia, sin perjuicio de que cesen antes por la evolución favorable del tratamiento, vid. Resolución de la Primera Sala Penal Corporativa para procesos ordinarios de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7/8/98: “La imposición de una medida de seguridad no implica necesariamente que el agente sea inimputable durante todo el periodo en que ésta se fije, pues, como ejemplo, es factible cesar la medida de internación cuando la autoridad correspondiente informe al juez, mediante una pericia médica que las causas que hicieron necesarias la medida han cesado”, ROJAS VARGAS, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*, p. 911.

retorno al monismo –donde pena o medida queda absorbida por la otra–, surge una fórmula de compromiso que se ha asentado mayoritariamente en el derecho comparado y está vigente hasta nuestros días: el *sistema vicarial*.

Este sistema, que encuentra acomodo en el artículo 77 del CP, evita el cumplimiento acumulativo de una pena y una medida de seguridad que importe privación de libertad [léase internación] cuando son impuestas de manera conjunta, como sucede, por ejemplo, en el caso de los imputables relativos. De no ser así, esto es, de ejecutarse una a continuación de la otra de manera íntegra, se incrementaría la aflicción de la privación de libertad suponiendo una violación del *non bis in idem*.¹³ Consecuentemente, en estos casos se ha de cumplir en primer lugar la medida de internación, periodo que será computado como tiempo de cumplimiento de la pena; a continuación el Juez tendrá que decidir, en atención al éxito del tratamiento y a fin de no afectar los resultados favorables conseguidos, dar por extinguida el resto de la condena o reducir su duración.

En cuanto a la determinación de la peligrosidad criminal, siguiendo a GRACIA MARTÍN, es de señalar que no puede ser presumida, sino probada; que estando orientada al futuro, no basta con advertir la peligrosidad del agente (*diagnóstico de peligrosidad*), sino que es necesario hacer un *pronóstico* sobre la relación de dicho estado peligroso y su comportamiento criminal futuro; que para la elaboración del *diagnóstico*, el delito cometido puede dar indicativos importantes para descubrir cuál es la personalidad del autor (forma de ejecución, los motivos, su actitud ante el hecho realizado); también se toman en cuenta otros factores biológicos, ambientales, psicológicos, etc.; para determinar la probabilidad de que el agente realizase hechos delictivos futuros (*prognosis o pronóstico* de peligrosidad) se suelen usar los métodos intuitivo (apreciación subjetiva del juez), científico (sobre la base de informes

¹³ MUÑOZ CONDE, y GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*, p. 581.

elaborados por científicos o especialistas) o estadístico (tablas de predicción en función a un cálculo de probabilidades).¹⁴

2. Clases de medidas

Las medidas de seguridad reconocidas en nuestro ordenamiento son la internación y el tratamiento ambulatorio (art. 71 CP). Sus fines son principalmente terapéuticos, de deshabitación (desintoxicación) y de aseguramiento.¹⁵ Se aplican especialmente a los sujetos que sin haber obrado culpablemente (sin capacidad de comprender la delictuosidad de su conducta o de actuar conforme a dicha comprensión) han realizado un comportamiento previsto como delito. También se pueden aplicar a los imputables relativos (los que sí actúan culpablemente, pero tienen dichas capacidades disminuidas) o a los que sufren alguna adicción (v. gr. drogas, alcohol).

Si bien los menores de edad (inimputables) también pueden ser objeto de medidas de aseguramiento (internamiento) o tratamiento, estas, formalmente, no asumen el carácter de penas ni medidas de seguridad, pues, denominadas *medidas socio-educativas*, pertenecen a un régimen especial previsto por el Código de los Niños y Adolescentes.¹⁶ No obstante, aquí también se apunta a las semejanzas sustanciales con las consecuencias jurídicas del Derecho penal común o de adultos, denunciando nuevamente un *fraude de etiquetas*.

¹⁴ GRACIA/ BOLDOVA/ ALASTUEY. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, pp. 395-396.

¹⁵ Según el art. IX del Título Preliminar del CP, las medidas de seguridad “persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”. El Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2009 es más específico en este punto, pues, en el artículo I, establece: “Las medidas de seguridad persiguen fines terapéuticos, de deshabitación, de prevención y de custodia o vigilancia”.

¹⁶ Las medidas socio-educativas están previstas para el adolescente infractor, esto es, al que tiene entre doce y dieciocho años; pueden ser la amonestación, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la libertad restringida y la internación.

2.1 Internación (arts. 74 y 75 CP)

Se trata de una medida de seguridad que, en principio, está prevista para los sujetos inimputables. No obstante, como se señala en el art. 77 CP, existe la posibilidad de que se aplique a un imputable relativo o a una persona imputable que sufra de alguna adicción (drogas o alcohol).

La internación constituye la medida de mayor gravedad, pues supone el máximo grado de coacción sobre la libertad de la persona, la misma que es internada en un centro hospitalario especializado u “otro establecimiento adecuado” con el fin de llevar a cabo un tratamiento terapéutico o, simplemente, con fines de custodia. En este sentido, se comprende, y así está previsto en el art. 74, que la internación solo pueda disponerse ante el peligro de que el agente cometa delitos de considerable gravedad.

En el mismo sentido, mediante sentencia de 16 de marzo de 2005, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Exp. N° 104-2005-Ayacucho) estableció el siguiente precedente vinculante: “a) Que las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible; que la medida de internación es privativa de libertad y solo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves”.

En este punto, es bueno recordar lo señalado por un informe del 2005 de la Defensoría del Pueblo,¹⁷ que daba cuenta de que “la falta de camas en los hospitales que brindan servicios de salud mental ha llevado a que actualmente permanezcan internadas en establecimientos penitenciarios 58 personas con enfermedades mentales. Algunas de estas personas se encuentran de manera permanente en el tópic del penal o, incluso, en celdas denominadas «cuartos de meditación»”.

¹⁷ Informe Defensorial N° 102. *Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*, p. 147.

Ciertamente, un establecimiento penitenciario, por más que se habiliten lugares especiales, no puede constituir el *establecimiento adecuado* exigido por el legislador en el artículo 74 CP para el cumplimiento de una medida de seguridad.

Proscrita toda medida de internación de duración indeterminada, esta debe ser limitada. A eso se destina el artículo 75 CP, que señala como límite el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicar [de haber obrado el autor con culpabilidad] por el delito cometido. Cuestión difícil de determinar si, justamente, la duración de la pena que se hubiere podido imponer al agente encontraba fundamento en la culpabilidad [inexistente] del autor. En todo caso, se trata de un límite máximo que no puede ser superado por la medida de internación impuesta en la sentencia y que, como señala PRADO SALDARRIAGA, puede ser modificado durante la etapa de ejecución.¹⁸

Desde luego, esta es la razón por la cual el legislador, en el propio artículo 75 CP, exige la realización y presentación al Juez de pericias e informes médicos periódicos (cada seis meses), pues el magistrado está en potestad de disponer el cese de la medida ante la desaparición de las causas que la hicieron necesaria la internación. Lo lamentable, según se señala en el mismo informe de la Defensoría del Pueblo citado anteriormente, es que “aun cuando en muchos casos los directores de los hospitales emiten los referidos informes médicos, indicando que los/las pacientes se encuentran en condiciones de alta, estos informes no son tomados en consideración por los/las jueces que dispusieron las medidas de internación”.¹⁹

Esto llevó al Presidente del Poder Judicial a emitir la Resolución Administrativa N° 336-2011-P-PJ del 20 de septiembre de 2011 donde señaló que “la duración de la medida [de internación] puede cesar antes del vencimiento del tiempo previsto en la sentencia, cuando la recuperación o mejora de la salud mental del inimputable

¹⁸ PRADO SALDARRIAGA. *Las consecuencias...* ob. cit., p. 165.

¹⁹ *Informe Defensorial N° 102...* ob. cit., p. 147.

permita sustituir el internamiento por el tratamiento ambulatorio o, incluso, la supresión de ambas medidas de seguridad por innecesarias” y que “es deber de la autoridad del Centro de Internación donde se encuentra el agente efectuar exámenes periódicos cada seis meses a fin de emitir un informe médico que se pronuncie sobre su estado psiquiátrico, para que el Juez evalúe si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido o no; y en atención a los principios antes descritos y en un plazo razonable, determine el cese, cancelación o mantenimiento de la medida de internación impuesta”.

2.2 Tratamiento ambulatorio (art. 76)

El tratamiento ambulatorio constituye una medida, como su nombre lo indica, que no implica privación de libertad. Supone el sometimiento obligatorio del *imputable relativo* a un tratamiento terapéutico o de rehabilitación con el fin de eliminar o controlar la peligrosidad del autor.

El legislador señala que esta medida se aplica conjuntamente con la pena, lo que, entendemos, debe ser interpretado en el sentido de que se ejecuta de manera simultánea o paralela al cumplimiento de la pena.²⁰ Esto no quiere decir que la medida deba extenderse necesariamente por un tiempo igual al de la pena impuesta, pues es posible que el tratamiento obtenga los resultados esperados antes del cumplimiento de la condena.

Si, como regla, el tratamiento ambulatorio se prevé solo para los imputables relativos²¹, debe repararse que en el artículo 178-A del

²⁰ PRADO SALDARRIAGA. *Las consecuencias...* ob. cit., pp. 165-166.

²¹ “La medida de seguridad de tratamiento ambulatorio solo se impone al imputable relativo, conforme lo dispuesto por el artículo 76° del Código Penal; al haberse acreditado que el acusado al momento de cometer los hechos, se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales, conforme se ha detallado en los considerandos de la sentencia, debe disponerse se deje sin efecto dicho tratamiento”, Ejecutoria Suprema del 28/10/97. (Consulta) R. N. N° 924-2004-Callao, vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Código...* ob. cit., p. 918.

CP se abre la posibilidad de realizar un tratamiento terapéutico ambulatorio a sujetos plenamente imputables que hayan sido procesados por delitos contra la libertad sexual, y en los que se haya dispuesto una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva del fallo condenatorio. En esos casos, el sometimiento al tratamiento será considerado como una regla de conducta²².

En cualquier caso, sí parece una omisión del legislador no prever la posibilidad de aplicar una medida de tratamiento ambulatorio a los inimputables, a quienes solo parece dejarse la opción entre una medida de internación [no siempre aplicable, pues el injusto cometido o el juicio de peligrosidad pueden apuntar a hechos que no revistan especial gravedad] y una medida de corte administrativo, esta última desprovista de las garantías que, aunque mínimas, se prevén para las medidas de seguridad de carácter penal. Por esta razón, el artículo 78 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2009 dispone que el tratamiento ambulatorio “también podrá aplicarse al inimputable que lo requiera siempre que, según pericia médica correspondiente, no sea necesario aplicar una medida de internación”.

3. Sistema vicarial (art. 77)

Como se señaló anteriormente, el sistema vicarial evita el cumplimiento acumulativo de una pena y una medida de seguridad que importen privación de libertad cuando son impuestas de manera conjunta. Esto sucede en el caso de los imputables relativos. Piénsese en aquellos casos en los que la existencia de una anomalía psíquica, alteración de la conciencia o de la percepción alcanzan un grado que si bien afectan, no excluyen la capacidad de comprender o conducirse según los mandatos normativos. En virtud del artículo 21 CP, la responsabilidad penal se mantiene, pero se atenúa. De

²² Las reglas de conducta son cargas que el Juez impone al agente [sometido a una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva del fallo condenatorio] con una doble finalidad: ayudar a una adecuada reinserción social, y como medida de control sobre el comportamiento del agente, vid. ORÉ SOSA, *Temas de derecho penal*, p. 228.

ahí que no se pueda prescindir de imponer una pena, a lo que se puede añadir la necesidad de aplicar una medida de seguridad. De ser el caso, esta podría ser una medida de internación, con lo que llegaríamos al supuesto de hecho previsto en el artículo 77 CP. Según este mismo artículo, el sistema vicarial también resulta aplicable en el caso de toxicómanos o alcohólicos imputables.

Descartadas las fórmulas monistas (aplicar ya sea una pena o una medida de seguridad, pero no ambas) o dualista pura (imponer ambas y ejecutar una a continuación de la otra, lo que importaba una sobreaflicción que vulneraba el principio *non bis in idem*), la fórmula de compromiso del sistema vicarial apuntó a la aplicación conjunta de ambas, pero de manera sustitutiva. Con lo cual, en estos casos se ha de cumplir en primer lugar la medida de internación, periodo que es computado como tiempo de cumplimiento de la pena; luego el Juez tendrá que decidir, en atención al éxito del tratamiento y a fin de no afectar los resultados favorables conseguidos, dar por extinguida el resto de la condena o reducir su duración.

4. Conclusiones

1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad del autor. Esta peligrosidad es entendida como una *peligrosidad criminal*, es decir, como la posibilidad de que el agente cometa *delitos* en el futuro, no cualquier hecho socialmente desaprobado. Se descarta, pues, la *peligrosidad social*.
2. Se debe excluir la imposición de una medida de seguridad, aun al agente “peligroso”, si dicha peligrosidad no se ha manifestado en la realización de un hecho previsto como delito. De este modo, quedan proscritas las medidas de seguridad *predelictuales*, reconociéndose solamente las medidas de seguridad *postdelictuales*.
3. No se puede dudar de la naturaleza punitiva de las medidas de seguridad; estas, por suponer también la limitación de derechos fundamentales, son revestidas de una serie de garantías

tales como la legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y temporalidad. En otras palabras, se ven informadas por los mismos principios jurídicos previstos para las penas.

4. El *sistema vicarial* evita el cumplimiento acumulativo de una pena y una medida de seguridad que importen privación de libertad cuando son impuestas de manera conjunta, como sucede, por ejemplo, en el caso de los imputables relativos. De acumularse o ejecutarse una a continuación de la otra de manera íntegra, se incrementaría la aflicción de la privación de libertad suponiendo una clara violación del *non bis in idem*.
5. La internación, al constituir la medida de seguridad de mayor gravedad, pues supone el máximo grado de coacción sobre la libertad de la persona, solo puede disponerse ante el peligro de que el agente cometa delitos de considerable gravedad.
6. Un establecimiento penitenciario, por más que se habiliten lugares especiales, no puede constituir el *establecimiento adecuado* exigido por el legislador en el artículo 74 CP para el cumplimiento de una medida de seguridad.
7. El tratamiento ambulatorio se aplica conjuntamente con la pena, lo que debe ser interpretado en el sentido de que se ejecuta de manera simultánea o paralela al cumplimiento de la pena. Sin embargo, no debe extenderse necesariamente por un tiempo igual al de la pena impuesta, pues es posible que el tratamiento obtenga los resultados esperados antes del cumplimiento de la condena.
8. El legislador no ha previsto la posibilidad de aplicar una medida de tratamiento ambulatorio a los inimputables, a quienes solo parece dejarse la opción entre una medida de internación [no siempre aplicable, pues el injusto cometido o el juicio de peligrosidad pueden ser de escasa gravedad] y una medida de corte administrativo, esta última desprovista de las garantías que,

aunque mínimas, se prevén para las medidas de seguridad de carácter penal. Esta omisión ha sido resuelta en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2009.

9. Descartadas las fórmulas monistas o dualista pura, la fórmula de compromiso del sistema vicarial apunta a la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad, pero de manera sustitutiva. Con lo cual, en estos casos se ha de cumplir en primer lugar la medida de internación, periodo que es computado como tiempo de cumplimiento de la pena; luego el Juez tendrá que decidir, en atención al éxito del tratamiento y a fin de no afectar los resultados favorables conseguidos, dar por extinguida el resto de la condena o reducir su duración.

CADENA PERPETUA

La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno.

Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*.²³

Como es fácil de advertir, incrementar las penas es un recurso constante de la actividad legislativa de nuestro país. No obstante, su eficacia para la disminución de la criminalidad es francamente discutible. De hecho, buena parte de las incontables modificaciones efectuadas al Código Penal de 1991, desde su entrada en vigor, han tenido por objeto incrementar las penas, específicamente la pena privativa de libertad, sin que, al parecer, se consigan los efectos esperados, pues, una y otra vez, se insiste en seguir incrementando las penas arguyendo un pretendido efecto disuasivo de penas acusadamente severas.

²³ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, pp. 385-387, quien agrega que “no ha habido aflicción, desde los sufrimientos más refinados hasta las violencias más brutales, que no se haya experimentado como pena en el curso de la historia (...). Parece que la fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y en aplicarlas incluso a las infracciones más leves (...). Por otra parte, **si la historia de las penas es vergonzosa, no lo es menos la historia del pensamiento jurídico y filosófico en materia de penas, que lleva no poca responsabilidad por los horrores cometidos: por omisión, por no haber levantado seriamente su voz nunca, hasta el siglo de las luces, contra la inhumanidad de las penas**”. [subrayado nuestro].

Al respecto, muchas veces se ha afirmado que el factor disuasorio parece guardar mejor relación con la aplicación efectiva de la pena -que el delincuente vea la imposición de la pena como altamente probable- que con la dureza o severidad de la misma.²⁴ Con lo cual, la eficacia preventiva de la pena decae cuando el agente confía en que su delito quedará impune. Por tanto, el fácil recurso de incrementar las penas oculta más bien el crítico problema de las condiciones o deficiencias en las que otras instancias de control [básicamente, la Policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial] ejercen su función.

A pesar de esto, la cadena perpetua, es decir, la pena privativa que constituye el atentado máximo contra la libertad de una persona, fue reintroducida en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del Decreto Ley 25475 tras la ruptura del orden constitucional en 1992. Prevista inicialmente para los delitos de terrorismo, desde aquella época no ha venido sino ampliándose el ámbito de aplicación de esta pena,²⁵ siendo hoy de aplicación, entre otros, para algunas formas agravadas de secuestro, robo y extorsión, y para el delito de violación sexual de menor de diez años.

Muy lejanos son los días en los que la prisión era concebida -gracias al pensamiento ilustrado del siglo XVIII- como una alternativa humanitaria a la pena capital, al tormento o al exilio. Hoy en día, salvo excepciones, las prisiones constituyen un microcosmos

²⁴ En efecto, más allá de la intensidad de la pena, es la certeza de su aplicación la que juega un papel de primera importancia, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Bosch, 1992, p. 219. Lo que ya era afirmado también por Beccaria desde la segunda mitad del Siglo XVIII, vid. BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Bogotá, Temis, 2003, 3° ed., p. 53, “La certeza de un castigo, aunque moderado, causará siempre una mayor impresión, que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de la impunidad; pues los males, aunque mínimos, cuando son ciertos, atemorizan siempre el ánimo del hombre, y la esperanza, don celestial que frecuentemente es lo único que nos queda, aleja siempre la idea de los males mayores, principalmente cuando la impunidad, que la avaricia y la debilidad otorgan a menudo, aumente su fuerza”.

²⁵ Vid. FIGUEROA NAVARRO, La involución del sistema de penas en el contexto de la politización del derecho Penal, pp. 276-277.

en el que imperan la promiscuidad, el hacinamiento, las reyertas o la corrupción. Ambientes degradantes en los que difícilmente se puede aprender a vivir en comunidad. Con todo, parece verdad que resulta inconcebible renunciar a ella, sobre todo cuando pensamos en las formas más graves de la criminalidad, casos en los cuales hasta parece ingenuo recurrir a otro tipo de sanciones, medidas alternativas o a la denominada tercera vía del derecho penal.²⁶

Desde luego, las críticas a la cadena perpetua no se reducen a los cuestionamientos que se pueden dirigir contra las penas privativas de libertad de larga duración. La cadena perpetua, al igual que la pena de muerte, constituye una pena tasada, pues no admite graduación alguna. Esto impide una valoración adecuada de las circunstancias del delito [que aporten al grado de injusto] o del reo, así como de cualquier otra consideración que tenga por virtud disminuir o atenuar la responsabilidad del agente. Consecuentemente, esto representa una vulneración al principio de proporcionalidad, toda vez que la pena sobrepasa la culpabilidad del autor por el hecho cometido.²⁷ En la misma línea, CASTILLO ALVA señala que la cadena perpetua refleja criterios totalitarios y sesgos antidemocráticos, y que no sólo se quebranta el principio de humanidad, sino también el principio de proporcionalidad.²⁸

Como ya se sabe, el Tribunal Constitucional (en sentencia N° 010-2002-AI/TC) aparentemente ha proscrito de nuestro ordenamiento jurídico la cadena perpetua entendida como pena intemporal; y lo hizo atendiendo a una serie de consideraciones entre las que podemos resaltar las siguientes:

²⁶ Sobre esto último, vid. RODRÍGUEZ DELGADO, La reparación civil como tercera vía en el Derecho Penal, pp. 827-840.

²⁷ MUÑOZ CONDE, Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, p. 337: “En los países en los que existe, normalmente está reservada sólo para los delitos más graves (asesinato, genocidio) como pena única no graduable. De ahí que haya sido objeto de críticas por no poder adaptarse a las particularidades del caso concreto y a las circunstancias personales del delincuente”.

²⁸ CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, p. 354.

1. *El establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución [resocialización]. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad [fundamento 184].*
2. *El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.*

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo [fundamento 188].

3. *El establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias [fundamento 194].*

Esta resolución, como bien ha apuntado MEINI, presenta algunas inconsistencias, pues el prever la *posibilidad* de conceder beneficios

penitenciarios o de revisar la sentencia transcurrido un determinado número de años, no impide que, en algunos casos –cuando no se conceda el beneficio o cuando no se disponga la excarcelación luego de revisada la sentencia–, la cadena perpetua siga siendo *perpetua*; con lo cual, agrega el Profesor de la Pontificia Universidad Católica, la única manera de que aquella pena deje de ser inconstitucional, según el propio discurso del Tribunal Constitucional, era que siempre y en todos los casos se proceda a la excarcelación vía beneficios penitenciarios o mediante la revisión de las sentencias, pues, de lo contrario, no quedaba más camino que declarar inconstitucional la cadena perpetua.²⁹

En efecto, en la medida en que quepa aún la posibilidad de que un interno pase el resto de sus días en un establecimiento penal –lo que sucede con la propia interpretación que hace el Tribunal Constitucional– la cadena perpetua constituirá una respuesta punitiva que no se concilia con un Estado que tiene por deber fundamental garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [art. 44 Const.] y que, por sobre todas las cosas, reconoce a la defensa de la persona humana y el respeto de su *dignidad* –nada menos que en el primer artículo de la Carta Fundamental– como el fin supremo de la sociedad y del Estado.³⁰

De este modo, no solo se infringe el principio reconocido en el art. 139 inc. 22 de la Constitución [“el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”], sino también, y lo que es peor, un pilar fundamental del Estado [la dignidad de la persona³¹], al admitir una

²⁹ MEINI, *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal*, p. 332.

³⁰ Vid. ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, pp. 107-108, quien señala que la dignidad constituye el fundamento o base del Ordenamiento Jurídico, exigiendo de los poderes públicos que tengan siempre presente la dignidad como principio rector de sus actuaciones y que favorezcan el desarrollo de la personalidad.

³¹ MUÑOZ CONDE. Algunas reflexiones... ob. cit., p. 335: “Despojadas ambas de la parafernalia con las que originariamente se las había dotado, siguen, sin embargo, existiendo todavía como el símbolo de una concepción de poder punitivo del

pena inhumana y degradante, pues afecta interminable, inevitable e irreversiblemente la libertad y la salud [tanto física como psíquica] del condenado, así como el desarrollo de su personalidad.³² Como señala FERRAJOLI:

“[...] más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena. Es éste el valor sobre el que se funda, irreductiblemente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de la cadena perpetua y de las penas privativas de libertad excesivamente largas. Debo añadir que este argumento tiene un carácter político, además de moral: sirve para fundar la legitimidad del estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme ello, un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes”.³³

Estamos, pues, ante otra reacción punitiva que busca sin tapujos la neutralización de una persona vista solamente como una fuente de peligro, esto es, cual cosa peligrosa que debe ser eliminada; de este

Estado que desprecia la dignidad humana del delincuente, negándole el derecho más elemental de todos, el derecho a la vida en el caso de la pena de muerte, o el derecho también fundamental a poder modificar su comportamiento y su sistema de valores mientras viva, convirtiéndolo con la prisión perpetua en un muerto en vida, despojándolo de todos los demás derechos que le corresponden como ser humano, entre otros el de la esperanza de poder recuperar algún día, aunque sea lejano, la libertad y de vivir en condiciones de igualdad con sus semejantes”.

³² En el mismo sentido, CASTILLO ALVA considera que la aplicación del principio de humanidad de las penas se engarza con el principio de la dignidad humana, desarrollando así una función crítica de primer orden, lo que lleva a renegar no solo de torturas y otros tratos inhumanos o degradantes en el ámbito procedimental y penitenciario, sino también en cuanto a la naturaleza y entidad de la reacción penal (penas estigmatizantes o inocuidadoras: pena de muerte, cadena perpetua, etc.), vid. CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, pp. 331-366.

³³ FERRAJOLI. *Derecho...* ob. cit., pp. 395-396.

modo, la persona deja de constituir un fin en sí mismo y se supedita a los fines utilitarios de la sociedad (*Defensa social*). En los hechos, como bien señala FERRAJOLI, la cadena perpetua no deja de ser una pena “capital”, pues se trata de una privación a vida y no sólo de libertad, una privación de futuro, un exterminio de la esperanza; es una pena eliminatoria, no en el sentido físico, pero sí en el sentido que excluye para siempre una persona del consorcio humano.³⁴

Cabe indicar que los cuestionamientos y reparos que se dirigen contra la cadena perpetua son extensivos, en gran parte, a las penas privativas de libertad de larga duración. Sobre todo cuando existe la tendencia de que estas condenas queden exentas de cualquier tipo de beneficio penitenciario que suponga una excarcelación anticipada. De esta suerte, en delitos de considerable gravedad, se tiende al cumplimiento íntegro de las condenas sin ninguna atención al comportamiento del interno ni a posibles avances en cuanto a su resocialización.³⁵ Sólo en esta línea punitivista y de entronización absoluta del concepto difuso de *seguridad* puede entenderse la cuestionable interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicación retroactiva de leyes que eliminan beneficios penitenciarios: lo hace sobre el endeble argumento de estar ante normas de carácter procedimental³⁶. Esto, desde luego, no casa con

³⁴ FERRAJOLI, Ergastolo y derechos fundamentales, p. 298.

³⁵ MUÑOZ CONDE. Algunas reflexiones... ob. cit., p. 340: “Con ello se viene a acoger *in totum*, la bárbara praxis norteamericana, llamada [*truth in sentencing*]; es decir, que la pena de prisión impuesta nominalmente por el Juez se cump-la íntegramente, sin ningún tipo de reducción de su duración por buena conducta, buenas perspectivas resocializadoras, o por simples razones humanitarias. La finalidad que se persigue con ello es la misma que la que persigue con la prisión perpetua, y naturalmente excluye cualquier posibilidad de reinserción en la ejecución de estas penas”.

³⁶ STC. Exp. N° 00212-212-PHC/TC, fundamento n° 5: “se debe señalar que las normas que regulan el acceso a los beneficios penitenciarios no son normas penales materiales, sino normas de derecho penitenciario, por lo que sus disposiciones deben ser consideradas como normas procedimentales; sin embargo, este Tribunal ha precisado (...) que en el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regis actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolver el acto; no obstante, la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental que atañe a los beneficios penitenciarios es la correspondiente a la fecha en la cual se inicia el procedimiento

lo previsto en el art. 139 inc. 22 de la Constitución cuando estipula que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Todo lo anterior supone, sin más, una manifestación de la ya denunciada *tercera velocidad* del Derecho penal, aquella donde la flexibilización –cuando no eliminación– de los derechos o garantías penales y procesales no se corresponde con la renuncia a la pena privativa de libertad, sino, todo lo contrario, con la exacerbación del rigor punitivo.³⁷ Por si fuera poco, en nuestro caso se confirma aquello de que lo pretendidamente excepcional [leyes de emergencia] se torna permanente³⁸, pues, como se ha indicado, el ámbito de aplicación de la cadena perpetua no ha venido sino ampliándose en las últimas décadas.

destinado a su otorgamiento; esto es, la norma de la materia vigente al momento de la presentación de la solicitud para acogerse a éste.” Esta interpretación, como se sabe, no se ha visto confirmada por la Ley 30101.

³⁷ Vid. FARALDO CABANA, Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, pp. 302-317, lo que guarda inocultables semejanzas con el discurso del derecho penal del enemigo; señala esta autora que “la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya presentes en el Código penal parecen ser notas distintivas del moderno Derecho penal y procesal penal en la lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo como forma particularmente grave de actividad criminal organizada”.

³⁸ Según FERRAJOLI, durante años, cierto “sentido común” concibió las leyes excepcionales como necesarias políticamente y legítimas constitucionalmente, y que, por ello, predicaban las garantías procesales de libertad y de verdad solo para las épocas y los procesos ordinarios, mas no para los extraordinarios; sin embargo, “Este sentido común ha permanecido, incluso se ha consolidado, aunque la emergencia del terrorismo ha desaparecido y ha sido sustituida por otras emergencias criminales. Pues lo que se ha roto no es uno o más principios, sino el valor mismo de los principios, que se han probado flexibles y, en caso necesario, apartables: en una palabra, ya no hay “principios” (...) Las nuevas medidas excepcionales se han enraizado en las prácticas y difundido incluso en los procesos normales, generando poderes y centros de poder no dispuestos a normalizarse y, sobre todo, una incultura policial informada preferentemente por los valores de la seguridad y eficacia”, vid. FERRAJOLI. *Derecho...* ob. cit., p. 831.

REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

Introducción

Según la mitología griega, Sísifo fue condenado a empujar una roca hasta la cima de una montaña, desde donde la roca caería una y otra vez invariablemente para que aquél volviera a empezar desde el principio. Como dice Camus, los Dioses habían pensado, con algún fundamento, que no hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza.

Algo así parece suceder con nuestro Código Penal. El proceso de reforma que condujo a la aprobación y promulgación del Código Penal de 1991 fue fruto del esfuerzo desplegado, en varias décadas, por distintas comisiones entre cuyos miembros se encontraban los más importantes penalistas del país: Luis Bramont Arias, Raúl Peña Cabrera, Luis Roy Freyre, Víctor Prado Saldarriaga, César San Martín, Felipe Villavicencio, entre otros. Sin embargo, es tal la cantidad de modificaciones que se han efectuado a este cuerpo normativo, en la mayoría de los casos en franca oposición al espíritu garantista que inspiró el proceso de reforma, que seguramente muchos de ellos tendrían serias dudas en admitir la paternidad del código vigente.

Desde luego, se siguen sucediendo comisiones de juristas, muchas de las cuales intentan devolver algo de sensatez a nuestro código punitivo [trabajo inútil y sin esperanza, parafraseando a Camus] ante la obsesión, cuando no obcecación, del Poder Legislativo en su afán de “luchar eficazmente” contra la criminalidad. Este panorama muestra al Código Penal como una cosa que se puede modificar

cuantas veces se quiera por razones simbólicas, demagógicas o de rédito político. Se inscriben en una corriente maximalista que prepondera razones de supuesta eficacia y seguridad ciudadana, a los derechos fundamentales de la persona humana.

En este contexto, el ensañamiento del sistema punitivo ha sobrepasado, en mi opinión, el equilibrio que entre seguridad general y garantías personales debe prevalecer en todo Estado de Derecho. Así, por poner un ejemplo, la tendencia al cumplimiento íntegro o efectivo de las condenas se pone de manifiesto en una diversidad de normas entre las que se encuentran, ciertamente, la reincidencia y habitualidad, pero también en retorcidas interpretaciones del Tribunal Constitucional sobre la aplicación temporal de una norma que restringe beneficios penitenciarios. Más internos, menos establecimientos penales. No es difícil vaticinar cuál será el futuro de las prisiones en un contexto en el que se sigue limitando el acceso a penas o medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, o al acceso a beneficios penitenciarios.

La vena autoritaria e irreflexiva de las reformas penales de las dos últimas décadas solo busca congraciarse con las exigencias ciudadanas de *seguridad* y *vindicta* pública. Estamos ante un Derecho penal *a la carta* que se sabe de principio ineficaz, pues no afronta el problema de la criminalidad como el producto natural de una sociedad que excluye, margina y discrimina. Cuando Víctor Hugo nos narra la historia de Jean Valjean, ese hombre que entró en presidio por haber roto un vidrio y por haber robado un pan, nos señala que “*es preciso que la sociedad se fije en estas cosas, puesto que es ella quien las produce*”, y que “*si un alma sumida en sombras comete un pecado, el culpable no es el que peca, sino el que no disipa las tinieblas.*”

Por otro lado, el término “peligrosidad social”, inevitablemente unido a la historia de la reincidencia y habitualidad, tuvo una connotación importante en la época del nacionalsocialismo, siendo que en 1934, como bien refiere MUÑOZ CONDE, se introdujo en el Código Penal alemán una medida de reclusión indeterminada en centros

de trabajo para delincuentes habituales, la misma que permitió el ingreso de más de 17,000 personas en campos de concentración, de los que nunca más volvieron a salir con vida.³⁹ Según ROXIN, la mayoría de cambios del Derecho penal que tuvieron lugar en la época nacionalsocialista sirvieron sobre todo a la destrucción planificada del Estado de Derecho y a su transformación en una dictadura totalitaria que se pretendía asegurar jurídicamente.⁴⁰

Por si fuera poco, estas agravantes, sobre todo la de habitualidad, se condicen mejor con los postulados del positivismo criminológico, esto es, con aquella corriente que concibe al delincuente como un sujeto determinado al delito por razones biológicas⁴¹ o sociológicas. En dicha corriente, el delito no es expresión de una voluntad libre, sino manifestación de una *naturaleza perversa*.⁴² En ese contexto, siguiendo a ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la pena es vista como un medio de *defensa social* cuya aplicación no se fundamenta en la gravedad del delito cometido, sino en la *peligrosidad* del delincuente.⁴³

Desde luego, el encarnizamiento del Derecho penal no es patrimonio exclusivo de regímenes autoritarios, pues no es raro que la flexibilización de las garantías y derechos fundamentales ocurra aun en las democracias más avanzadas. El problema está en cómo se ejercerá el *ius puniendi* en sociedades con altos índices de corrupción y marcadas por la fragilidad institucional, el autoritarismo y la discriminación. Lo razonable sería que en sociedades como esta, los ciudadanos queden más protegidos contra los excesos y abusos del poder estatal. ¿Será algún día así?

³⁹ MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, pág. 176-177.

⁴⁰ ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, pág. 119-120.

⁴¹ Como dato interesante cabe mencionar que Émile Zola estuvo al tanto de las ideas del positivismo criminológico. De ahí que, en la *Bestia Humana*, Jacques Lantier poseyera un incontrolable instinto homicida que lo llevó, incluso, a asesinar a su amada –y amante– Severine.

⁴² Término tomado de: BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, pág. 30.

⁴³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política Criminal*, pág. 80.

I. Las agravantes de reincidencia y habitualidad

Como se sabe, y siguiendo en este punto a ZUGALDÍA ESPINAR⁴⁴, el principio de que *no hay pena sin culpabilidad* si bien no fundamenta la pena, sí opera como límite al poder punitivo del Estado en tanto que excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por “*presupuesto*” la culpabilidad del autor por el hecho o que exceda en su “*medida*” del límite de la gravedad de la misma. Así, de conformidad con este mismo autor, podemos decir que la incidencia del principio de culpabilidad en el sistema de responsabilidad penal se da en dos niveles:

- a. A nivel de *presupuestos* de la pena, de la que se derivan las exigencias: i) de *culpabilidad por el hecho*, ii) *de dolo o imprudencia*, así como la *proscripción de la responsabilidad objetiva*; y iii) *la capacidad de culpabilidad* (imputabilidad).
- b. A nivel de *individualización* de la pena, el principio de culpabilidad determina el *quantum* de la pena que es lícito imponer al autor culpable, en el sentido de que las necesidades de prevención no pueden justificar en ningún caso la imposición de una pena que supere la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho.

De esto, resulta interesante analizar si la reincidencia y habitualidad son respetuosas del principio de culpabilidad. Para eso debemos previamente hacer referencia a estos institutos. Claro que una definición de validez general resultaría difícil, pues los conceptos de reincidencia y habitualidad están de alguna manera condicionados por la peculiar manera en que cada legislación ha regulado estos institutos, cuando lo ha hecho claro, está [lo que lamentablemente es el caso de nuestro ordenamiento jurídico].

Solo para efectos prácticos podríamos decir que nuestro legislador

⁴⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, El principio de culpabilidad en las reformas penales, pp. 1094-1095

los ha configurado como supuestos de agravación de la pena ante casos de reiteración delictiva. Quizás sea esta la principal diferencia con la figura del concurso real, pues esta última establece criterios o reglas para la determinación de la pena en el caso de una pluralidad de delitos cometidos por un agente, sin que ello importe una agravación de la pena. Es decir, en el concurso real se procede a sumar las penas fijadas por el juez para cada hecho punible, mientras que en la reincidencia o habitualidad se incrementa o agrava la pena por encima del marco de la pena abstracta o conminada.

Desde luego, podríamos remontarnos hasta los romanos que proveían penas corporales para quienes volvían a cometer delitos; a la España antigua, donde un segundo hurto podía ser sancionado hasta con la muerte; o, aún hoy en día, como se constata en el derecho anglosajón, donde la regla del *three strikes and you are out*, pone sobre el tapete la conveniencia político criminal de agravar la pena a quienes delinquen por segunda, tercera o cuarta vez. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, cuáles son los efectos “beneficiosos” que acarrea un mayor tiempo en prisión cuando todos damos por cierto los problemas de ineficacia, colapso y congestión de los establecimientos penitenciarios. ¿Qué buscamos cuando encerramos a un hombre en un establecimiento penitenciario? ¿Qué pretendemos conseguir cuando encerramos a un ser humano bajo los cuatro muros de una prisión? Vista la realidad, nada que se aproxime a una finalidad preventiva. Y quien vea en ella –en la pena, sobre todo la pena privativa de libertad– no más que simple retribución, debe asumir que el juicio de desaprobación por el injusto cometido no puede prescindir de la proporcionalidad de la sanción.

Más allá de la indiscutible calidad profesional y moral del actual Jefe del Inpe, Dr. Pérez Guadalupe, nada hace pensar que el gobierno de turno esté interesado en incrementar sustancialmente el presupuesto destinado al mejoramiento de la infraestructura, la capacidad de albergue o las condiciones laborales del personal penitenciario. Esta triste realidad debe ser tomada en cuenta por todo aquel

que considere plausible cualquier política del Estado dirigida a incrementar las penas (como en la reincidencia o habitualidad), incrementar los supuestos de prisión preventiva o hacer cada vez más inaccesible los beneficios penitenciarios.

Lo cierto es, como señala DIEZ RIPOLLÉS,⁴⁵ que las energías de la comunidad se han desplazado del afán por lograr la inclusión social de los desviados, al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes. Naturalmente siempre se encontrarán argumentos para justificar un endurecimiento punitivo como, en este caso, las agravantes por reincidencia y habitualidad. Y así, algunos encuentran una mayor culpabilidad que se funda en la obstinación del acusado en vulnerar bienes jurídicos a pesar de haber sido ya advertido, en virtud de una condena, de las consecuencias de cometer un delito.

Pero la reincidencia y la habitualidad no solo pueden mostrar rebeldía y desprecio al bien jurídico protegido, también pueden revelar, en la línea de lo sostenido por PATRICIA ZIFFER,⁴⁶ a un agente con dificultades para cambiar o superar las condiciones materiales y de especial vulnerabilidad que motivaron el comportamiento delictivo; también pueden mostrar a un individuo que carece de los suficientes frenos inhibitorios que lo inclinan al delito, en otras palabras, se estaría frente a un individuo poco accesible al mandato normativo. En general, la reincidencia y habitualidad también pueden mostrar las falencias de la organización social y de los sistemas de ejecución penal; con lo cual, la solución, lejos de una agravación de la pena, oscila entre la atenuación o el establecimiento de medidas de seguridad o tratamiento terapéutico.

Sin embargo, no son pocos los autores que justifican estas agravantes; algunos no tienen problema en reconocerlas como manifestación del *derecho penal del enemigo*. Así, POLAINO-ORTS⁴⁷ considera que la habitualidad constituye un factor de desestabilización

⁴⁵ DIEZ RIPOLLÉS, *La política penal en la encrucijada*, p. 96.

⁴⁶ ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 157.

⁴⁷ POLAINO-ORTS, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, p. 226.

incomparablemente mayor que impide que los ciudadanos afectados puedan confiar tranquilamente en la vigencia de la norma y que, por ello, han de ser combatidos por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz.

Claro que poco o nada podemos esperar de medidas como las agravantes de reincidencia o habitualidad si tomamos en cuenta que la reiteración delictiva no solo pondría en evidencia un alto grado de capacidad criminal, sino también, en muchos casos, una grave desadaptación social o psicológica frente a las cuales la agravación de la pena privativa de libertad resulta totalmente ineficaz.

De este modo, estamos, sin más, ante una medida de aseguramiento que busca neutralizar por el mayor tiempo posible al imputable peligroso, imponiendo una pena privativa de libertad de larguísima duración. Se degrada al condenado en su condición de persona, al quedar sometido a los intereses del Estado como guardián de la seguridad pública, sin atender a los límites que impone el Derecho penal en un Estado de derecho, que concibe la defensa de la persona humana y su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Con todo, como ya se sabe, el Tribunal Constitucional otorgó legitimidad a las agravantes de reincidencia y habitualidad. Esto, sin que se haya servido estrictamente del test de proporcionalidad que en muchos otros casos sí ha estimado necesario para determinar la legitimidad constitucional de ciertas medidas que importen la afectación de derechos fundamentales. En efecto, en sentencia recaída en el Exp. N° 0014-2006-PI/TC, este tribunal indicó que la figura de la reincidencia no vulneraba los principios de *ne bis in idem*, culpabilidad ni proporcionalidad. Postura que no comparto,⁴⁸ pues un mismo hecho es valorado tanto para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito; lo que importa indudablemente una *doble valoración* que

⁴⁸ Para más precisiones, vid. ORÉ SOSA, El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 0014-2006-PI/TC, pp. 77-90.

afecta el principio *ne bis in idem* en sentido material. Además, no se aprecia cómo un delito anterior puede aportar al desvalor del injusto del nuevo delito; esto parecería conformar, más bien, una *petición de principio*. Y en cuanto a la mayor peligrosidad del agente que se hace residir en una pluralidad delictiva, tampoco queda claro la necesidad preventiva de una sanción agravada que vaya más allá del máximo de la pena abstracta, pues, por el contrario, como señalamos anteriormente, parecen advertirse más bien problemas de adaptación social o psicológica en los que la agravación de la pena resultan inoperantes.

Ahora bien, tal como lo había advertido el Acuerdo Plenario I-2008/CJ-116, la reincidencia y habitualidad fueron configuradas tanto como circunstancias comunes (dentro de los criterios de determinación de la pena del ya antiguo art. 46 CP, incs. 12 y 13) como circunstancias cualificadas en los arts. 46-B y 46-C. El Acuerdo consideró que estas agravantes solo debían apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues justamente el sentido de la reincorporación de estas instituciones al derecho penal nacional era permitir agravar la pena por encima del marco punitivo de la pena conminada. Este criterio de interpretación del Acuerdo resultaba cuestionable, pues como circunstancia común, vale decir, como criterio de determinación de la pena dentro del antiguo art. 46, la reincidencia y habitualidad servían para dosificar la pena dentro del marco punitivo de la pena conminada conjuntamente con los demás criterios de determinación judicial de la pena, esto es, era tomado como un criterio más para determinar el grado de culpabilidad del autor. En cambio, como circunstancia cualificada, la reincidencia y habitualidad toman el pasado criminal del agente como *único criterio* para desbordar el marco punitivo de la pena abstracta.⁴⁹

Esta solución, la que postulaba la eliminación de la reincidencia y habitualidad como criterios de dosificación o individualización de

⁴⁹ En este sentido, cfr. ALCÓCER POVIS, El reincidente como “enemigo”: aproximación al tema, pp. 256-257.

la pena, es la que ha prevalecido; y, así, la Ley 30076 solo reconoce a la reincidencia y habitualidad como circunstancias de agravación cualificada, sin que se las regule como circunstancias de agravación genérica en el segundo inciso del artículo 46 vigente.

1.1 Reincidencia

El art. 46-B del CP recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es *genérica*, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante naturaleza, bastará con que se trate de un delito doloso. Es *real*, por cuanto se exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta por el primer delito. En este punto, pareciese que la Ley 30076 hubiese ampliado el ámbito de aplicación de la reincidencia, pues si antes el legislador tomaba como presupuesto el cumplimiento [total o parcial] de una condena a *pena privativa de libertad*, hoy se hace referencia a “una pena”. No obstante, siguiendo en este punto a YSHII MEZA,⁵⁰ consideramos que la referencia genérica a *una pena* se hace con el fin de comprender dentro del supuesto de reincidencia a las faltas, toda vez que estas no tienen prevista la pena privativa de libertad, sino las limitativas de derechos y la multa.

El horizonte temporal para configurar la agravante de reincidencia por el segundo delito es de cinco años contados a partir del cumplimiento total o parcial de la pena impuesta por el primer delito (no desde la condena, pues esto habría hecho inoperativa esta institución para los delitos más graves, como el homicidio o el robo, por ejemplo). No obstante, a diferencia del texto anterior, la Ley 30076 exceptúa del plazo de cinco años para la configuración de una agravante por reincidencia a los delitos de parricidio, asesinato, homicidio calificado por condición del agente, feminicidio, lesiones graves a menores, lesiones graves por violencia familiar, secuestro, trata de personas, violación sexual de menor, hurto agravado, robo agravado, receptación agravada, etc. Vale decir, en estos casos no

⁵⁰ Ponencia en: *Conversatorio Incipp. Determinación judicial de la pena*, del 19-7-2013, Incipp-UIGV.

interesará determinar el tiempo transcurrido entre el cumplimiento de la primera condena y el segundo delito, pues así hayan pasado diez, veinte o treinta años, la recaída en estos delitos se verá sancionada con la aplicación de esta agravante cualificada.

En la reincidencia básica, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada. En la reincidencia cualificada según la naturaleza del delito cometido (asesinato, robo agravado, violación de menor, etc.), el juez aumenta la pena *en no menos de dos tercios* por encima del máximo de la pena conminada. El texto anterior señalaba como límite máximo la cadena perpetua, aunque el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 ya se había encargado de poner como tope máximo los 35 años. La Ley 30076 omite toda referencia a un límite máximo, con lo cual, es de esperar que se mantenga la interpretación hecha por el citado Acuerdo. Fíjese lo desproporcionado que puede resultar esto. Dentro de la lista de delitos en los que se puede aplicar la reincidencia cualificada está el hurto agravado (previsto en el art. 186). Con lo cual, un subsecuente delito de hurto mediante destreza o escalamiento, al menos formalmente, podría ser sancionado con una pena entre 10 y 35 años, cuando el máximo estipulado para este delito se cifra en los seis años de pena privativa de la libertad.

Comparto la opinión de Benavente⁵¹ en el sentido de que la reincidencia cualificada resulta aplicable cuando la primera y segunda condenas se corresponden con los mismos delitos mencionados en el segundo párrafo del artículo 46-B, esto es, asesinato, lesiones graves a menores o por violencia familiar, secuestro, violación de menor, robo agravado, etc. En otras palabras, parece conveniente tomarlo como un supuesto de reincidencia [cualificada] específica, en el que ambos delitos son los mismos y, por tanto, de idéntica gravedad. Postulamos pues una interpretación restrictiva de esta agravante cualificada, a pesar de que la redacción de la norma, en este punto, es imprecisa. De estar ante un delito distinto, así se

⁵¹ BENAVENTE CHORRES, *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano. Aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales*, pp. 151-152.

encuentre incluido dentro de la lista de delitos configuradores de una reincidencia cualificada, entendemos que se debe apreciar solo el supuesto de reincidencia básica.

1.2 Habitualidad

En cuanto a la habitualidad, los requisitos que han de concurrir para que se configure esta agravante son los siguientes: la comisión de al menos tres hechos punibles, que se trate de delitos dolosos, que sean de igual naturaleza y que hayan sido perpetrados en un lapso de 5 años sin que medie condena sobre alguno de ellos (como señala el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116). Naturalmente, debemos descartar para la configuración de esta agravante los supuestos de delito continuado y concurso ideal, casos en los cuales deben sujetarse estos a sus propias reglas.

La habitualidad sí resulta compatible con el concurso real, de ahí que el Acuerdo 1-2008/CJ-116 establecía como regla que los efectos punitivos de la agravante por habitualidad solo se aplicaban en el tercer delito cometido en el lapso de 5 años y luego se sumaban la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos de concurso real, claro está, observando los límites fijados por los arts. 50 y 51, esto es, la pena total no debía ser superior al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave⁵², ni mayor de 35 años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso correspondía cadena perpetua, solo se aplicaba esta sanción excluyéndose las demás.

En la habitualidad, el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo de la pena conminada del tercer delito. En la forma cualificada, según se trate de delitos de acusada gravedad, se aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada hasta los 35 años, sin que sean aplicables los beneficios de penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

⁵² Vid. Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, sobre la determinación de la pena y el concurso real.

En el caso de la habitualidad, la Ley 30076 no solo amplía los supuestos de habitualidad cualificada a otros delitos (parricidio, receptación agravada, marcaje y otros), sino que admite la habitualidad en las *faltas* dolosas contra la persona o el patrimonio, caso en el cual el horizonte temporal o plazo –en el que se pueden cometer tres o más faltas para configurar dicha agravante– no es de cinco, sino de tres años. Más criticable resulta el hecho de que en los supuestos de reincidencia y habitualidad de las faltas, según el modificado artículo 440 inc. 3 del Código Penal, deba reprimirse “con pena privativa de libertad del *delito* aplicable”, y que, estos mismos casos, según el inc. 5 del mismo artículo, se sujeten a las normas de prescripción del artículo 80 del Código Penal. En buena cuenta, para el legislador, una pluralidad de faltas cambia la naturaleza del injusto cometido.

LA INHABILITACIÓN A PERPETUIDAD EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

Introducción

Como se sabe, en nuestro ordenamiento las penas limitativas de derechos pueden ser la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación (art. 31 CP). Esta última constituye un tipo de pena que supone, como se ha encargado de señalar el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116, la “privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”.

Pues bien, en este apartado procederemos a analizar la legitimidad de algunas de estas limitaciones, en especial, aquellas a las que el legislador –en normas vigentes o en proyectos de ley– ha endilgado el carácter de intemporal o perpetuo. Un primer caso, digno de estudio, está constituido por la incorporación del inciso 9 al artículo 36 del Código Penal, en virtud de la Ley 30076:

Artículo 36. Inhabilitación

[...]

9. Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV

del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal;

Esta medida va en la línea de lo que ya constituye una tendencia del derecho penal actual, el mismo que va contracorriente de una visión garantista que primó hasta la década de los ochenta. Si el Código Penal de 1991 había echado al olvido las penas de internamiento indeterminado y de inhabilitación perpetua, o los institutos de la reincidencia y habitualidad, previstas, todas ellas, en el Código Penal de 1924 (conocido también como Código Maúrtua), estas, una a una, han venido cobrando nueva vida en las dos últimas décadas.

Desde luego, esta tendencia “retro” no parece quedar saciada con la reincorporación de normas o instituciones, algunas de ellas, con algunos siglos a cuestas. Y así tenemos, por ejemplo, el *Proyecto de Ley N° 2571/2013-CR, PROYECTO QUE ESTABLECE LA INHABILITACIÓN DEFINITIVA PARA CONDENADOS POR DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS QUE NO CUMPLAN CON PAGAR LA REPARACIÓN CIVIL A FAVOR DEL ESTADO*. Y si cupiese alguna duda sobre el alcance del carácter “definitivo” de esta medida –toda vez que, en algunas legislaciones, lo definitivo y absoluto no equivale necesariamente a perpetuo–, el mismo proyecto se encarga de despejarla:

“La presente iniciativa legislativa propone eliminar *a perpetuidad* los derechos laborales en el ámbito público, derechos políticos (sufragio pasivo - derecho a ser elegido), derechos societarios, asociativos y comerciales de sentenciados por delitos cometidos por funcionarios públicos, a fin de que con dicha medida necesaria y de excepción, se obligue a cumplir con el pago de la reparación civil impuesta en la sentencia”. [Subrayado nuestro].

Ciertamente, este no ha sido el único proyecto de ley que ha tenido por objeto la instauración de la inhabilitación perpetua; anteriormente, diversos proyectos que propusieron modificar el artículo 41 de la Constitución, relativo a la imprescriptibilidad de los delitos contra el patrimonio del Estado y corrupción de funcionarios, e inhabilitación para la función pública, fueron materia de un Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso (Periodo Anual de Sesiones 2011 – 2012). Específicamente, los Proyectos de Ley 134/2011-CR y 150/2011-CR buscaban incorporar la inhabilitación a perpetuidad para los condenados por delitos contra la Administración Pública, en especial, a los cometidos contra el Patrimonio del Estado. Ante ello, el punto III, núm. 7 del referido dictamen “ratifica la fórmula constitucional al dejar al legislador la potestad de graduación de la misma para regular aquéllos delitos que por su gravedad deben imponer al juez el deber de impedir el retorno del funcionario o servidor público al aparato estatal”.

Estas medidas, sin embargo, no son desconocidas en otras latitudes, aun cuando no sean generalizadas; concebidas como penas, medidas de seguridad o como consecuencias accesorias, se pueden prever tanto en los códigos penales como en leyes especiales. Veamos algunos de estos casos.

1. Derecho comparado

En el Código Penal italiano, se cuenta con la pena de interdicción [inhabilitación] para el ejercicio de la función pública, la misma que puede ser impuesta de manera temporal o *perpetua* (art. 28). Esta última se aplica, *ipso iure*, tratándose de condenas a reclusión no menor de cinco años, cadena perpetua, o ante la declaración de habitualidad o profesionalidad en el delito, o la tendencia a delinquir. La inhabilitación para el ejercicio de una profesión o arte, o la incapacidad de contratar con la administración pública se imponen, en cambio, de manera temporal (arts. 31 y 32 ter). FIANDACA y MUSCO sostienen, al comentar la legislación penal italiana, que las penas accesorias –dentro de las que podemos ubicar, entre otras, la inhabilitación para el ejercicio de la función pública

o para ejercer una profesión o arte, o la incapacidad para contratar con la administración— no son de aplicación automática, sino que dependen de la discrecionalidad del juez de mérito; asimismo, consideran que más que una función de prevención general o de defensa social, actualmente se advierte en las penas accesorias una función de prevención especial “en el sentido de que actúan como medidas dirigidas a evitar que el reo reincida en el delito”.⁵³

En el Código Penal francés, la pena accesoria consistente en la prohibición de ejercer una función pública o de ejercer una actividad profesional o social, podrá ser definitiva o temporal (art. 131-27). Así sucede en el caso de la comisión de delitos contra la Administración Pública (art. 432-17). Lo mismo ocurre con las condenas por delito de tráfico de estupefacientes, donde cabe la posibilidad de disponer la prohibición definitiva de ejercer una actividad profesional o de voluntariado que implique contacto habitual con menores (art. 222-46).

Según el Código Penal alemán, dentro del título de las medidas de corrección y seguridad, se puede disponer la prohibición de ejercer una profesión, para siempre, cuando es de esperar que el plazo máximo legal para la protección del peligro que genere el autor sea insuficiente (§ 70, 1). Por otro lado, considerados jurídicamente como consecuencias accesorias, JESCHECK y WEIGEND ven en la pérdida de la capacidad para desempeñar cargos públicos y del derecho de sufragio tanto activo como pasivo auténticas penas accesorias:

La finalidad que en la actualidad se persigue con tales consecuencias apenas si puede divisarse en el favorecimiento de la prevención individual; aquella reside, más bien, en la preservación del prestigio de los servicios y funciones públicas: este valor no puede ser puesto en peligro por personas que, inmediatamente después de la condena por un delito grave (§ 45 I) o por un delito teñido de significado político (§ 45 II), sigan ocupando posiciones de influencia en la Administración pública o en una agrupación electoral. Para

⁵³ FIANDACA y MUSCO. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 726-727.

*lograr este objetivo extrapenal el autor es condenado junto con la penalidad correspondiente a una consecuencia adicional, a saber, la pérdida de la capacidad para participar en la conformación de la vida pública.*⁵⁴

En el Código Penal colombiano, dentro de las *penas privativas de otros derechos* (art. 43 CP), se cuenta con penas de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; para el ejercicio de profesión arte, oficio, industria o comercio; para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curatela, etc. En principio, estas no adquieren un carácter perpetuo o intemporal; así, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no puede superar los veinte años. Sin embargo, es la propia Constitución colombiana la que admite, en casos específicos, la posibilidad de limitar el acceso a cualquier cargo público o a contratar con el Estado. En efecto, el último párrafo del art. 122 de la Constitución del país vecino señala:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

En el derecho argentino, la condena a pena de inhabilitación absoluta –que implica, entre otros, la privación del derecho electoral, y la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas, aun cuando fuera perpetua, puede ser revertida, a modo de rehabilitación, si el condenado se ha comportado correctamente y ha reparado los daños en la medida de lo posible (art. 20 ter. CP). Al respecto, ZAFFARONI interpreta que “correcto comportamiento”

⁵⁴ JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, pp. 845-847.

ha de ser entendido en su significado jurídico-penal, esto es, como el hecho de no haber cometido otro delito; lo que, en atención al principio de inocencia, supone la posibilidad de disponer la rehabilitación incluso al sujeto que se halle procesado por otro delito, siempre que no haya sido condenado en sentencia firme.⁵⁵

De este breve recuento de derecho comparado, y con independencia de la naturaleza o carácter con que formalmente haya quedado revestida [pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria], se puede extraer la conclusión de que esta consecuencia jurídica, aquella que priva a perpetuidad de la posibilidad de acceder a determinados cargos públicos, o de ejercer determinada profesión, industria u oficio, es sumamente excepcional.

2. Análisis sobre la legitimidad de la inhabilitación a perpetuidad

Para comenzar, habría que señalar que un juicio de legitimidad sobre la inhabilitación a perpetuidad no debería ser elaborado de modo abstracto, pues mal haríamos en legitimar o deslegitimar una pena o una medida de seguridad atendiendo solamente a su carácter intemporal –sin discriminar, por ejemplo, si estamos ante una pena privativa de libertad de cadena perpetua o ante una inhabilitación a perpetuidad– o sin tener en cuenta los supuestos a los que la referida pena o medida resultarían aplicables –v. gr. a condenados por delitos contra la libertad sexual, terrorismo, tráfico ilícito de drogas o contra la administración pública–.

De este modo, lo que se pueda dar por sentado para la incapacidad definitiva del inc. 9 del artículo 36 CP –prevista para los condenados por delitos de terrorismo y apología del terrorismo, tráfico ilícito de drogas y violación de la libertad sexual– no tendrían por qué aplicarse *mutatis mutandi* a los casos de condenas por delitos cometidos por funcionarios públicos.

⁵⁵ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, pp. 248.

a) Incapacidad definitiva

En el caso de la incapacidad definitiva del inc. 9 del artículo 36 CP –que impide, a los condenados por los delitos antes mencionados, el ingreso o retorno al servicio docente o administrativo en instituciones de educación, formación, resocialización o rehabilitación– se ha de analizar si estamos ante una afectación intolerable del derecho al trabajo (art. 2 inc. 15 y art. 22 Const.). Esto suele ser determinado aplicando el test de proporcionalidad, el mismo que supone la valoración de tres criterios o principios [idoneidad, necesidad y proporcionalidad], vistos a la luz de la finalidad que motiva la restricción del derecho fundamental.

En cuanto a esto último, es de señalar que “el fin constitucionalmente legítimo que fundamenta la interferencia en el derecho al trabajo de docentes o personal administrativo del Sector Educación, es la tutela del Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho a la educación y el derecho de niños y niñas a una protección especial, frente a la amenaza terrorista y de personas que incurren en delitos sexuales previstos en el Capítulo IX, del Título IV del Libro Segundo del Código Penal en el servicio de la educación pública”.⁵⁶ Restaría, entonces, verificar si la limitación del derecho fundamental [al trabajo], encaminada a brindar una protección especial al menor o la tutela del Estado social y democrático de derecho, es idónea, necesaria y proporcional. Veamos.

Parece incontestable que la incapacidad definitiva del inc. 9 del artículo 36 CP constituye una medida *idónea* o adecuada cuando se trata de velar por la seguridad de *menores* ante el riesgo que representa la presencia de condenados por delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas o de violación de la libertad sexual. En efecto, se intentaría evitar al menor todo contacto con personas que pueden menoscabar su integridad física, psíquica, moral o su

⁵⁶ COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. PERIODO ANUAL DE SESIONES 2012-2013. *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley 436/2011-CR, 1018/2011-PE, 1205/2011-CR, 1341/2011-CR, 1427/2012-CR y 1496/2012-CR*; p. 23. Vid. www.congreso.gob.pe

libertad, o afectar su desarrollo o bienestar. En cuanto a su *necesidad*, no se perciben medios alternativos eficaces para salvaguardar los intereses del menor; entendemos que las políticas de control [v. gr., vigilancia electrónica, libertad vigilada, etc.], además de inviables en nuestro medio, se muestran claramente insuficientes; mientras que las órdenes o medidas de alejamiento son del todo ineficaces.

Ahora bien, al analizar la *proporcionalidad en estricto* de la incapacidad definitiva, en otras palabras, al ponderar la importancia de los intereses en conflicto, podríamos estar tentados de concluir que solo mediante un grado de afectación de grave intensidad se puede alcanzar un nivel de satisfacción elevado en favor de los intereses que buscan ser preservados. Esto nos parecería una petición de principio, sería tanto como decir nada. Es justamente en este estadio [análisis de proporcionalidad] donde se ha de indicar que la consecución de aquel fin legítimo puede igualmente ser alcanzado sin necesidad de que la limitación al derecho al trabajo sea de carácter intemporal o perpetuo. Tratar a un ser humano, de por vida, cual cosa peligrosa constituiría una manifiesta afectación de la dignidad humana; con lo cual, se ha de dejar abierta la posibilidad para que transcurrido cierto número de años [por ejemplo cada diez años, ya que esta es la duración máxima de la inhabilitación como pena principal], pueda el condenado solicitar se revise la continuación de la medida.⁵⁷ Si existen razones objetivas que apuntan a que el individuo no representa más ningún peligro, ¿por qué negar obtusamente la posibilidad de suspender la incapacidad definitiva?

b) La “muerte civil” para condenados por delitos contra la administración pública

Tal como se señaló anteriormente, existen diversos proyectos de ley que pretenden impedir el regreso del funcionario desleal a la administración pública [incapacidad definitiva o perpetua]. Por

⁵⁷ De igual parecer, ARBULÚ MARTÍNEZ, Medidas de prevención y pena de inhabilitación perpetua para condenados por delitos de terrorismo, violación sexual y TID, p. 30.

otro lado, tenemos proyectos que también apuntan a la pérdida de algunos derechos civiles o políticos [“muerte civil”] como nueva forma de inhabilitación. Ejemplo de esto último es el Proyecto de Ley N° 2571/2013-CR, que pretende establecer “la inhabilitación definitiva para condenados por delitos cometidos por funcionarios públicos que no cumplan con pagar la reparación civil a favor del Estado”. En especial, el referido proyecto busca modificar el artículo 36 CP incorporando, entre otros, el siguiente texto:

10. Incapacidad definitiva del condenado por delito cometido por funcionario público que no cumpla con pagar la reparación civil, i) para contratar con el Estado en cualquier proceso de selección de bienes, servicios u obras, ii) para ejercer su derecho a sufragio de ser elegido en procesos electorales nacionales, regionales y locales, iii) para constituir cualquier clase de persona jurídica de derecho privado y iv) para obtener acceso directo a crédito personal en el sistema bancario y financiero.

Las personas jurídicas de derecho privado, en las que un tercero represente los intereses del condenado, están impedidas de contratar con el Estado, (...)

Ahora bien, para analizar la legitimidad de la inhabilitación perpetua para funcionarios o servidores públicos condenados por delitos contra la administración, al igual que en el apartado anterior, debemos determinar cuál es el fin que se busca proteger. En este punto, algunos consideran que apenas podría divisarse una finalidad de favorecimiento de la prevención individual y que, más bien, se trataría de preservar el prestigio de la función pública⁵⁸; otros sí le reconocen una finalidad preventivo especial, pues estaría encaminada a evitar que el reo reincida en el delito⁵⁹. Aquí asumiremos que la inhabilitación, como cualquier pena, ostenta una finalidad preventiva (art. IX del Título Preliminar CP). Con lo cual, entendemos que la defensa de la *res pública*, esencial para el adecuado desarrollo de los fines del Estado, en especial del bienestar social, constituye un fin legítimo a proteger.

⁵⁸ JESCHECK y WEIGEND. *Tratado...* ob. cit., p. 846.

⁵⁹ FIANDACA y MUSCO. *Derecho...* ob. cit., p. 727.

La pena de inhabilitación, de esta suerte, tendría por objeto prevenir afectaciones importantes a los intereses de la Administración o, en otras palabras, a los fines del Estado; constituyendo el *apartamiento del funcionario* condenado por delitos contra la administración, en nuestra opinión, una medida idónea y necesaria. Por ello, no debe sorprender que la inhabilitación para función o cargo público siga configurando una pena –impuesta como principal o accesoria– siempre presente en cualquier catálogo punitivo. Esto, sin embargo, no alcanza a otro tipo de medidas como la incapacidad para constituir sociedades o personas jurídicas de derecho privado, o para obtener créditos en el sistema financiero, pues las mismas no guardan vinculación directa con el fin que se busca proteger.

Ahora bien, si la incapacidad de los condenados por delitos contra la administración [v. gr. concusión, peculado y corrupción de funcionarios] para acceder a función o cargo públicos –incluso a través del ejercicio del derecho de sufragio pasivo– nos parece una medida idónea y necesaria, solo será proporcional cuando dicha pena se impone de manera temporal. No lo será, en cambio, si adquiere el carácter de perpetuo. Esto último sería tanto como concebir al condenado no como una persona a la que se le reconoce su dignidad, sino cual *cosa peligrosa*, esto es, como una máquina cuyo destino inexorable es cometer delitos.

En este sentido, consideramos que la incapacidad para el acceso a la función pública no debe tener el carácter de perpetuo; solo será legítima en la medida que reconozca un límite temporal. Esta conclusión la hacemos extensible, *mutatis mutandi*, al impedimento para contratar con el Estado o para participar en cualquier proceso de selección o concurso público.

SEGUNDA PARTE

WALTER PALOMINO RAMÍREZ

**Medidas de Seguridad Complementarias a la Pena:
El tratamiento penal del delincuente peligroso en el
Estado Constitucional y Democrático de Derecho**

I. Introducción

A partir de una lectura conjunta de los artículos 3 y 43 de nuestra Constitución, se advierte que el Estado peruano presenta las características básicas de uno social y democrático de Derecho⁶⁰. Tal forma de organización jurídica, de acuerdo al profesor MIR PUIG, apunta a una concepción sintética del Estado, producto de la unión y perfeccionamiento de los principios propios del Estado liberal y del Estado social⁶¹, así como de la inclusión de una tercera característica: *la democracia*⁶².

En ese sentido, desde una perspectiva propiamente penal, la opción por el referido modelo de Estado genera importantes consecuencias, pues impone la exigencia de que en su seno se desarrolle un *Derecho penal democrático*⁶³, que asuma variadas funciones en

⁶⁰ Un punto importante que se debe tomar en cuenta es que dicho modelo engloba distintas funciones en clara correspondencia con los elementos que contiene: a) Estado liberal, b) Estado social y c) Estado democrático. Ver: GARCÍA TOMA, “El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho”, p. 687. Así también, lo ha indicado el Tribunal Constitucional, vía distintas sentencias como, por ejemplo, las recaídas tanto en el Exp. n° 0008-2003-AI/TC. Caso: Nesta Brero (FJ 10) como en la del Exp. n° 04232-2004-AA. Caso: Ormeño Cabrera (FJ 1), entre otras.

⁶¹ MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 19.

⁶² MIR PUIG, *Función de la pena y...*, p. 19.

⁶³ Ver: MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*. Concepto y método, p.107. Así también MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 94: “No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de “la pena”, en abstracto, sino de averiguar que función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado”. Es más, el citado autor ha señalado que la imagen sintética del Estado Social y Democrático de Derecho caracteriza la misión y los límites que la Europa actual atribuye al poder político, por lo que –a criterio del citado autor– tal marco ofrece la mejor base posible para la unificación del Derecho penal europeo y

correspondencia con los distintos aspectos que en tal modelo de Estado se combinan⁶⁴.

Así pues, en cuanto Derecho penal de un Estado social, este deberá legitimarse como sistema de *protección efectiva de los ciudadanos*, lo que le atribuye la función de prevención en la medida –y solo en la medida– de lo necesario para aquella protección; mientras que, como Derecho penal de un Estado *democrático* de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de *límites*, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal⁶⁵.

Ello, se corresponde con la idea desarrollada por ROXIN acerca de que la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, tarea que se deduce de los propios fundamentos teórico-estatales de la democracia y de los principios de la Constitución⁶⁶.

Esto último, además, nos permite poner énfasis en que los sistemas democráticos modernos se presentan como democracias constitucionales, lo cual parte del reconocimiento de que las reglas

de su comprensión teórica. Ver: MIR PUIG, “El sistema del Derecho penal en la Europa actual”, p.27.

⁶⁴ La identificación de nuestro modelo de Estado como uno social y democrático de Derecho, no obvia, en definitiva, los principios del Estado liberal (libertad, seguridad, propiedad privada, entre otros), sino que asume sus fundamentos, pero también busca perfeccionarlos, imprimiéndoles funciones de carácter social, en aras a que los principios que sustentan y justifican el citado tipo de Estado tengan una base y un contenido material.

⁶⁵ MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 95.

⁶⁶ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, pp. 4 y 5. Lo señalado, quizá, adquirirá una mayor fuerza argumentativa a partir de que, según sostiene Bernal Pulido, se puede observar que la democracia “(...) parece consolidarse como un triunfo del constitucionalismo latinoamericano, como una conquista irreversible que impedirá el resurgimiento de regímenes militares y que guiará cualquier proceso de integración regional”. Ver: BERNAL PULIDO, “La democracia como principio constitucional en América Latina”, p.269.

básicas del sistema se encuentran consagradas en la Constitución y en el sistema de derechos establecido en dicha norma suprema⁶⁷.

En efecto, como indica ZUÑIGA RODRÍGUEZ, hoy en día existe *consenso* en señalar que la Constitución contiene los derechos, principios y valores que dotan de legitimidad a toda regulación jurídica y, *en especial*, a la intervención penal, toda vez que esta plantea los límites negativos (mandatos y prohibiciones) del pluralismo ideológico⁶⁸.

Al interior de tal marco, el propio legislador ve reducido su ámbito de discrecionalidad para tipificar comportamientos e imponer los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales propias de un Estado democrático de Derecho, dentro del cual destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, que constituyen el fundamento y límite del poder punitivo del Estado⁶⁹.

Lamentablemente, advertimos que la política legislativa del Estado apunta en todas sus direcciones hacia una mayor represión o *endurecimiento* del sistema penal como primera respuesta frente al fenómeno criminal, dejándonos la impresión de que todo lo mencionado es muchas veces obviado, y que se estarían propiciando, en ciertas ocasiones, colisiones con el marco axiológico de la Constitución.

Apreciamos, a partir de ello, el altísimo grado de confianza que el legislador deposita en la reacción penal así como su falta de interés por la realización de políticas que se fundamenten en ideas distintas a la sola *inocuización* de delincuentes peligrosos.

⁶⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p. 47.

⁶⁸ ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, p.16. (cursiva nuestra)

⁶⁹ Ver, entre otras, la STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 14).

A modo de ejemplo, podemos dar cuenta de un conjunto de propuestas de ley que se elaboraron por el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República bajo una óptica guiada prevalentemente hacia la agravación de las sanciones; la creación de “nuevos” delitos; el *relajamiento* de las garantías al interior del proceso, como supuesto medio para obtener mayor “eficacia”; la prohibición de la concesión de beneficios penitenciarios; e, incluso, *la incorporación de mecanismos de control, seguimiento e internamiento de personas excarceladas tras haber cumplido condena*⁷⁰.

Actualmente, una gran parte de dichas propuestas han sido acogidas en nuestro texto punitivo. De ello da fe la promulgación de las Leyes n° 30076 y 30077 que, aun cuando tienen distintos fundamentos⁷¹, reflejan en conjunto la clara apuesta por la comentada política legislativa⁷², no obstante la desnaturalización de ciertos institutos

⁷⁰ Dichas propuestas legislativas presentaron como característica en común la necesidad de hacer frente a la inseguridad ciudadana, así como ofrecer una respuesta contundente frente a determinadas formas de criminalidad. Ver: Proyecto de Ley n° 103/2011-CR/ Proyecto de Ley n° 1937/2012-CR/ Proyecto de Ley n° 1912/2012-CR/ Proyecto de Ley n° 2049/2012-CR/ Proyecto de Ley n° 2056/2012-CR/ Proyecto de Ley n° 2057/2012-CR/ Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE, Proyecto de Ley n° 2100/2012-PE, Proyecto de Ley n° 2450/2012-ML. Sin embargo, recientemente, se aprecia la elaboración de un conjunto de propuestas que ya no justifican su necesidad en razones de seguridad ciudadana o de “combate” frente a la criminalidad organizada, sino en el de la represión de los delitos contra la Administración Pública. Ver: Proyecto Ley n°. 2529/2013- CR/Proyecto Ley n°. 02626/2013-CR/ Proyecto Ley n°. 2530/2013-CR, entre otros.

⁷¹ La Ley n° 30076 tendría por fin, de acuerdo a su título, “combatir” la inseguridad ciudadana; mientras que, la Ley n° 30077 buscaría la represión de la criminalidad organizada a través de la fijación de reglas y procedimientos para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos bajo tal *modus operandi*.

⁷² No obstante, han de salvarse determinados cambios ciertamente necesarios. A modo de ejemplo, como apunta Oré Sosa, antes de la entrada en vigor de la Ley n° 30076, “(...) carecíamos de un “procedimiento” de determinación judicial de la pena, toda vez que no se contaba con normas que regulasen los pasos a seguir para la determinación de la pena concreta. En efecto, las previsiones de los artículos 45 y 46 del Código Penal –antes de la última modificación –, si bien establecían importantes criterios para la determinación y fundamentación de la pena, no contenían reglas sobre el momento y modo de aplicación de las agravantes cualificadas o de las atenuantes privilegiadas. Peor aún, tampoco se pronunciaba sobre el camino a seguir ante la

sumamente importantes al interior de un Estado que se dice democrático⁷³.

Todo esto, nos permite afirmar que en reiteradas ocasiones el recurso más empleado por el legislador penal es la adopción de *leyes de emergencia*, pese a que la investigación criminológica hace mucho ha demostrado que el endurecimiento del sistema penal no reduce las tasas de criminalidad ni garantiza de mejor manera la seguridad de las personas⁷⁴.

conurrencia de circunstancias agravantes, atenuantes o ambas a la vez”. Ver: ORÉ SOSA, “Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. Apropósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076”.

⁷³ La correcta regulación de la prisión preventiva, como se sabe, no es una tarea insignificante o de poco valor, sino todo lo contrario, pues tal instituto es “el patrón más importante entre las instituciones procesales para valorar el carácter democrático de un Estado, porque en ella se refleja más que en ninguna otra institución, más incluso que en la propia pena, la ideología que subyace a un ordenamiento jurídico determinado”, toda vez que su regulación tiene la tarea de resolver el conflicto que supone el respeto de los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia del imputado de cara a la potestad de castigo por parte del Estado. Sobre el particular: DEL RIO LABARTHE, “La regulación de la prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal de 2004”, p. 620. (cursivas en el original). Por ello, nos resulta cuestionable que, a partir de la emisión de la Ley n° 30076, se *presuma* que la sola pertenencia a la organización criminal puede ser una razón válida para calificar el peligro de fuga, dejándose de lado –por lo menos a partir del texto expreso de la norma– el criterio de que de dicha pertenencia se advierta que el sujeto utilizará los medios que le brinde la organización criminal para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad. Para nosotros, el legislador ha obviado que la existencia del peligro de fuga debe apoyarse en un análisis concreto del caso y basarse en hechos determinados, así como en la exigencia de que se ponga de manifiesto un especial riesgo de fuga u obstaculización proveniente de los elementos materiales o personales de la organización criminal.

⁷⁴ MAQUEDA ABREU, citada por FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, p. 315. Es más, en nuestra Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, ya se había advertido la falta de relación entre el aumento de penas y la disminución de la criminalidad. Así, en alusión a los institutos penales de reincidencia y habitualidad, se indicó que “La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspicié

Por el contrario, la apresurada adopción de dichas políticas de seguridad genera elevadísimos costes para el sistema de garantías de nuestro Estado de Derecho, así como el peligro de caer en un estado de “perenne emergencia”, que puede acabar por convertirse en el modelo de la legislación “normal”⁷⁵.

Justamente, el exacerbado interés por la “efectiva” protección de los bienes jurídicos más importantes lleva a que el legislador tome drásticas decisiones al momento de cristalizar su estrategia político-criminal al interior del marco normativo que estructura el sistema penal. A ello ha de agregarse el patente interés social (alarma social) por una mayor seguridad y tutela frente a los posibles ataques que deriven de la peligrosidad manifestada por delincuentes – en términos de VON LISZT– “irrecuperables”.

Ante tal contexto, no sería sorpresa que el legislador considere conveniente la adopción de instrumentos que “prometan” una respuesta contundente frente el fenómeno criminal, más aún si dicha promesa consiste también en resolver los problemas que plantea la excarcelación de ciertos individuos condenados a raíz de la realización delitos graves y que, aun cuando se han encontrado bastante tiempo privados de su libertad, su *peligrosidad criminal* no ha sido erradicada, por lo que el riesgo de reiteración delictiva en ellos se considera (o presume) altamente probable.

Para afirmar esto último, basta con la revisión atenta de la política legislativa y el hallazgo del Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE, que busca, precisamente, la incorporación de –como comentamos líneas arriba– un “novísimo” mecanismo de control, seguimiento e internamiento de personas excarceladas, tras haber cumplido condena por delitos violentos: *las medidas de seguridad post-penales para condenados por delitos de terrorismo y abuso sexual*.

Dichas medidas, como se observará, no fundamentan su imposición en un hecho individual realizado por un determinado sujeto, sino

con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y segregacionistas”.

⁷⁵ En esa línea: FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos...”, p. 315.

en una *prognosis* sobre la conducta del infractor en el futuro: la *peligrosidad* futura del sujeto⁷⁶. Se busca, de ese modo, brindar un tratamiento penal más intenso al delincuente peligroso que una vez finalizada su condena accede a la libertad *sin garantías* de que su comportamiento delictivo no se repita.

En ese sentido, debido a que el clima de inseguridad generado por la reiteración delictiva de sujetos que han sido condenados a penas privativas de libertad es el principal argumento para justificar su adopción, se difunde el mensaje consistente en que con dichas medidas se garantizaría la seguridad pública y se lograría que los individuos condenados por delitos de violación sexual y terrorismo no vuelvan a realizar actos ilícitos de semejante naturaleza.

Tal discurso, a su vez, pretende sortear la incoherencia teórica de que, respecto a un mismo sujeto, se afirme su racionalidad (la capacidad de adecuar su comportamiento a las exigencias de la norma) a través de la imposición de la pena y, simultáneamente, se la niegue, vía la imposición de una medida de seguridad (*peligrosidad* del sujeto), indicándose que, al no ser las medidas de seguridad para sujetos imputables peligrosos “formalmente” penas, no se encontrarían sujetas a los límites establecidos para estas últimas.

Nosotros, en cambio, somos de una idea distinta, pues entendemos que tales acciones propuestas por el Estado no son adecuadas ni se corresponden con una verdadera lógica que busque reducir la inseguridad o hacer frente al fenómeno criminal. Consideramos que lo comentado solo sirve de mensaje simbólico y que, por

⁷⁶ En la Exposición de Motivos del citado Proyecto se hace especial referencia al grave contexto de inseguridad ciudadana presente en nuestra sociedad que sería, a criterio de los proponentes, “(...) resultado de la comisión de delitos por personas que han sido condenadas a pena privativa de libertad en forma efectiva, que una vez que han cumplido con la pena impuesta salen nuevamente a delinquir, no siendo la pena para estas personas resocializadora (...)”. Se afirma, luego, que la incorporación del mencionado mecanismo es “inegablemente necesaria para nuestra sociedad, si se atiende a los altos índices de inseguridad ciudadana”. Ver: Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE, p. 8.

tanto, no atiende a las reales causas del fenómeno criminal; lo que demostraremos a través del análisis sobre tales “medidas de seguridad” y lo pernicioso de sus efectos.

No obstante, en vista de que aún no han sido incorporadas a nuestro sistema jurídico, nuestra finalidad no es ofrecer una posición acabada sobre el tema, sino iniciar un debate que sirva a un mejor estudio sobre lo positivo o negativo de su futura inclusión. En ese sentido, por nuestro lado, resaltaremos que no solo forman parte de una desacertada política legislativa, sino que cumplen –desde una perspectiva material– con el carácter de verdaderas penas y, por tanto, deberían sujetarse al principio de culpabilidad⁷⁷, si es que no se quieren vulnerar principios fundamentales del Derecho penal que sirven de base a la coherencia del sistema y al fin de garantizar seguridad jurídica de cara a resoluciones justas.

Para la realización del presente trabajo, partimos por brindar algunos alcances sobre el concepto de *peligrosidad* en la dogmática penal, haciendo especial énfasis en lo que, desde un sector de la doctrina, es su manifestación más actual: *el “Derecho penal del enemigo”* para, luego, exponer las razones por las cuales los mencionados criterios no consiguen ajustarse al marco de un Estado social y democrático de Derecho, en donde la Constitución es la norma suprema.

Finalmente, en el análisis estricto de las “medidas de seguridad”, seremos drásticos en resaltar que, al ejecutarse en forma idéntica a la de una pena privativa de libertad, sobre todo en el caso de la *custodia*

⁷⁷ En ese sentido, podemos adelantar que frente al sujeto que dispone de una racionalidad que le hace normalmente accesible a la norma penal es (obviamente) preferible el mecanismo de la motivación normativa y de la pena como respuesta a una infracción normalmente atribuible a su autor. “Se utiliza entonces el mecanismo específicamente humano de la motivación racional y se limita la intervención del Estado por el principio de culpabilidad. Pero frente a sujetos a quienes no puede ser imputado personalmente el hecho sería inadmisibles la pena y sólo queda la posibilidad de intervenir con una medida de seguridad. Adviértase que, según este planteamiento, las medidas de seguridad sólo son admisibles subsidiariamente respecto de la pena”. Ver: MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 127.

de seguridad, son una burla a los límites que se han de respetar en lo relacionado a la persecución de objetivos de prevención especial (positiva y negativa).

II. Alcances sobre el concepto de «peligrosidad» en la dogmática penal y su relación con el Derecho penal de enemigo

Conforme a lo señalado, actualmente existe un alto grado de preocupación o alarma social ante la delincuencia violenta, lo que propicia que el legislador penal dirija sus esfuerzos a tratar de tomar el control de dicha situación, mediante la emisión de “leyes de emergencia”, sobre todo ante la comisión de delitos especialmente violentos o cuando las víctimas son especialmente vulnerables (mujeres y niños).

Todo esto se acrecienta, aún más, cuando alguno de aquellos delitos es cometido por delincuentes reincidentes, ex reos o por quienes se encuentran gozando de algún beneficio penitenciario, ya que se genera una actitud de intolerancia colectiva hacia el riesgo de reincidencia violenta, así como una exigencia social de incremento del control penal, para la erradicación de la violencia en todas sus facetas⁷⁸

En este contexto, en el ámbito de la política-criminal, el tratamiento penal que el Estado otorga al delincuente peligroso que, una vez cumplida su condena no presenta garantías de que su comportamiento delictivo futuro no se repita, ha cobrado mayor importancia durante los últimos tiempos.

En otras palabras, hoy en día surge un particular interés por el tratamiento penal de aquellas personas en las cuales se aprecia

⁷⁸ LUACES GUTIÉRREZ/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “Estados peligrosos y medidas de seguridad complementarias a la pena (aspectos penales, procesales y criminológicos de la nueva medida de libertad vigilada)”, p. 107.

la *probabilidad* (más o menos próxima) de que puedan realizar una infracción penal⁷⁹, es decir, se busca ahondar en el trato que reciben, por parte del Estado, los *delincuentes imputables peligrosos* de criminalidad grave.

No obstante, debe destacarse que la búsqueda de instrumentos para hacer frente a los riesgos que generan esta clase de sujetos ha estado presente desde la aparición misma de la sociedad política, pasando por diversos autores de la Edad Antigua, la Edad Media, hasta los discursos penales modernos, toda vez que los órganos de gobierno de las diversas sociedades se esforzaron por tratar o, en su caso, contener, la peligrosidad criminal portada por ciertos sujetos imputables⁸⁰.

Los primeros intentos por delimitar la noción de *peligrosidad* pueden hallarse en la producción legislativa de la época de los romanos, encontrándose también referencias en TOMAS DE AQUINO, en su obra *Summan Theologiae*, y, con posterioridad, en la de algunos filósofos y juristas del Siglo de las Luces⁸¹.

⁷⁹ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, p. 14.

⁸⁰ A modo de ejemplo, cabe indicar que en la Edad Antigua, Protágoras sostuvo que la reacción apropiada tendría que estar necesariamente direccionada hacia la consecución de que el delincuente fuese excluido totalmente de la sociedad: "(...) al que no obedezca por más que se le castigue y enseñe, hay que echarle de la ciudad o matarle como si se tratase de un incurable". Así también, Platón dedicó su atención a tal asunto, desarrollando como parte de dicho interés la idea de que es inferior todo aquel individuo incapaz de acceder al mundo de las ideas puras y de que, cuando dicha incapacidad sea irreversible, semejante sujeto debe ser necesariamente eliminado. Ver: ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p. 21.

⁸¹ Así: ARMAZA, *El tratamiento penal del...*, p. 132. Con relación a esto último, podemos indicar que el primer ilustrado que se manifestó fue Cesare Bonesana, para quien el único caso en que la pena de muerte resultaba admisible era cuando el ciudadano presente tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación, en tanto su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. Asimismo, la idea de la *exclusión* de los sujetos peligrosos estuvo presente en el pensamiento de Kant, pues dicho filósofo sostuvo que si un vecino es incapaz de dar seguridad a otro, podría obligársele a entrar en un estado social-legal o, en todo caso, a apartarse. Por su parte, Hegel ideó una suerte de comparación analógica entre los sujetos peligrosos y los animales que, por azar, su

De ese modo, se aprecia que han sido diversos los discursos que han tratado de idear una respuesta ante los continuos ataques que este tipo de delinquentes perpetraban contra los distintos bienes jurídicos, que a lo largo de la historia se han considerado valiosos para los miembros de la sociedad. Se puede hallar, sin embargo, un punto común en todas aquellas reacciones, pues la solución de antaño, ofrecida por el Derecho penal, estuvo constituida por la simple aplicación sistemática de las tres formas más cruentas de inocuización que el *ius puniendi*, en aquel momento, disponía: la pena de muerte, la deportación o, finalmente, la prisión perpetua.

Más adelante, la respuesta penal para dicha problemática se vio influenciada por la conocida propuesta de FRANZ VON LISZT consistente en la privación definitiva y perpetua de la libertad frente a los delinquentes “irrecuperables”, ya que *“La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida”*⁸².

Cobra importancia hacer memoria y recordar que para VON LISZT, máximo representante de la «Joven Escuela» o «Escuela Sociológica», vía su *Programa de Marburgo* de 1882, la función preventivo especial de la pena se entendía en base a la intimidación, corrección e *inocuización*⁸³.

Así, por medio de la *intimidación* o la advertencia, la pena cumplía una función consistente en disuadir, recordar o advertir al delincuente

hubiesen fugado del zoológico, pues, como da cuenta Armaza, “Hegel, al sostener toda relación jurídica toda relación jurídica presupone la libertad de la voluntad, llegaba a la conclusión de que no hay cabida alguna en esta relación para todo aquel individuo que no sea autoconsciente. Teniendo esta idea como base, el filósofo alemán argumentaba que si un individuo no es autoconsciente, entonces, primero, no puede ser sometido a una pena dado que no actúa con relevancia jurídica y, segundo, no puede cometer un delito sino sólo representar un peligro –como un animal fugado del zoológico–“(p. 33).

⁸² Franz von Liszt, citado por ARMAZA, *El tratamiento penal...*, p. 36. (cursivas del original)

⁸³ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, p. 62.

de los efectos que puede producir la pena ante la comisión de futuros delitos, encontrándose, entonces, dirigida para a los delincuentes ocasionales que no necesitan de corrección; mientras que, la *corrección* o educación se reservó para los delincuentes habituales, dotándose de ese modo a la pena de una función pedagógica, correctiva o resocializadora, de cara a la preparación del delincuente para un comportamiento socialmente adecuado en el futuro⁸⁴.

No obstante, para aquellos delincuentes “irrecuperables”, se destinó la inocuización o aseguramiento, es decir, la pena buscó su aislamiento, protegiendo así permanente o temporalmente a la sociedad a la que tal delincuente pertenece⁸⁵.

De esa forma, LISZT declaró la guerra a la delincuencia habitual, considerando como tales a los casos de enfermedad social: proletariado que ejerce la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra, degenerados espirituales y corporales, los cuales –según VON LISZT– formaban parte del ejército de los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figuraba el delincuente habitual.

Cabe comentar, en esa línea, que la elaboración del concepto y contenido de la *peligrosidad* es obra de la Escuela Positiva⁸⁶ en

⁸⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal...*, p. 63.

⁸⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal...*, p. 63.

⁸⁶ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal...*, p. 16. No obstante, el citado autor señala que debe tenerse presente ciertas precisiones para situarnos con mayor fidelidad en el surgimiento y evolución del concepto de peligrosidad. Así, sostiene que “(...) la noción de peligrosidad estaba ya latente en los códigos y leyes penales anteriores a las doctrinas positivistas (...) y se demuestra al comprobar la existencia de medidas para autores de delitos declarados penalmente irresponsables, como era el caso de los enfermos mentales, para los cuales ya se prevenía su internamiento en centros adecuados por tiempo indeterminado, dado el riesgo que implicaba para la sociedad su permanencia en libertad; de igual manera y al mismo espíritu defensorista respondían ciertas medidas establecidas para vagos, mendigos, etc., no delincuentes” (p. 17). Por su parte, Armaza señala que la palabra peligrosidad fue utilizada por los penalistas a finales del siglo XVIII, pues fue FEUERBACH el primer jurista que elaboró un concepto sobre dicho término, señalando que: “(...) con el término peligrosidad se vincula su exacto y verdadero significado y que no se entiende otra

un contexto donde se consideró que existían ciertos individuos “inferiores”, a razón del padecimiento de determinadas “patologías” o, incluso, a la pertenencia a una raza no suficientemente evolucionada, lo que –lamentablemente– sirvió como fundamento y base para la idea de que solo cabía eliminarlos⁸⁷.

Sin embargo, de acuerdo a ROMEO CASABONA, los máximos representantes de la Escuela Positiva no llegaron a utilizar –al menos inicialmente– el término de peligrosidad, sino otros como temibilidad –*temibilità*– por GAROFALO o inadaptabilidad social por FERRI.

GAROFALO y su escuela, a modo de ejemplo, pusieron especial énfasis en el hecho de que el grupo de enemigos interiores del Estado –cuya característica natural era la *temibilità*– eran aquellos frente a los cuales había que reaccionar de manera drástica, dada su peligrosidad. Estos no estaban únicamente constituidos por los delincuentes de criminalidad grave, sino que también estaban conformados por los demás individuos molestos, esto es, por los demás miembros de las “clases peligrosas” (formadas por ladronzuelos, prostitutas, ebrios habituales, vagabundos, etc.), lo que coadyuvó a que se empiece a teorizar y a articularse una serie de medidas detentivas/policiales, cuya duración era indeterminada e ilimitada⁸⁸.

Ahora bien, en la actualidad, es a todas luces evidente que, el Derecho penal ha experimentado un proceso de transformación y racionalización, por lo que las respuestas que en el pasado se dieron ante el fenómeno criminal y, en concreto, ante el delincuente imputable peligroso, ya no son las descritas o, por lo menos, no comparten tales fundamentos.

cosa que la característica de la persona en la cual existe una base de probabilidad de que efectivamente lesionará derechos”. Ver: ARMAZA, *El tratamiento penal del...*, p. 35.

⁸⁷ ARMAZA, *El tratamiento penal del...*, p. 35.

⁸⁸ ARMAZA, *El tratamiento penal del...*, p. 35.

Se vive, en cambio, una era de modernización y complejización de las estructuras sociales postindustriales, que ha traído consigo la necesidad de adaptar la regulación penal (liberal) a las exigencias políticas de los modernos Estados. Así, como indica RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «en todos los países de nuestro entorno la “modernización” ha traído consigo un fenómeno de “expansión” de la legislación penal, determinado inicialmente por la necesidad de ampliar la intervención penal a nuevos ámbitos, a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, que atiende a la existencia de nuevas realidades y conflictos sociales»⁸⁹.

No obstante, la mencionada autora apunta también que, de manera paralela, “se observa en todas las democracias occidentales el resurgimiento de un Derecho penal autoritario, que se presenta a sí mismo como un aspecto más del fenómeno de expansión del Derecho penal vinculado a la moderna sociedad del riesgo, pero que poco o nada tiene que ver con la modernización del Derecho penal, sino que se trata más bien de la justificación moderna de las cada vez más frecuentes decisiones político-criminales que –con escaso respeto a los derechos fundamentales y las libertades básicas, intensifican la actuación del Derecho penal en ámbitos de delincuencia clásica, fundamentalmente la delincuencia organizada (terrorismo y narcotráfico), la delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual y la criminalidad de la marginación y la exclusión social”⁹⁰.

Esto último nos advierte acerca de dos corrientes de signo opuesto, que abordan el fenómeno criminal desde perspectivas ideológicas diferentes y que, por tanto, merecen un juicio diferenciado.

La corriente a la cual criticamos es aquella que se caracteriza no solo por ser extensiva, sino *intensiva*, toda vez que abre el camino

⁸⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo...*, p 24. La autora añade que “Esas nuevas formas de criminalidad se refieren tanto a los nuevos riesgos para los bienes jurídicos tradicionalmente tutelados a través del Derecho penal, derivados de los avances científicos y tecnológicos como a la afirmación de nuevos bienes jurídicos que pasan a considerarse dignos de protección penal”.

⁹⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo...*, p. 25.

a la justificación moderna de decisiones político-criminales que concentran sus esfuerzos en el incremento de la severidad ante ciertos tipos de delincuencia, que, sin embargo, hace mucho ha sido proscrita en los códigos penales: la delincuencia organizada (terrorismo y narcotráfico), la delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual y la criminalidad de la marginación y la exclusión social⁹¹.

Siguiendo una vez más a RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, se puede apreciar que, por esa vía, se convierte la seguridad en un valor autónomo y superior a cualquier otro, lo que determina el surgimiento de un Derecho penal de signo claramente autoritario, que ofende tanto los derechos fundamentales como las libertades básicas, “pese a que los mismos, en los textos constitucionales de los modernos Estados de Derecho, se configuran como límites infranqueables a las posibilidades de intervención del poder punitivo del Estado. El fenómeno se encuentra ampliamente extendido. En todos los países de nuestro entorno, surge una “legislación de lucha” (...) contra el crimen organizado, contra la delincuencia económica, contra el terrorismo, contra el narcotráfico, contra la inmigración ilegal (...)”⁹².

Tal tendencia legislativa se agrava preocupantemente, cuando de manera acrítica ciertos sectores doctrinales la abordan y alcanza su exaltación extrema en el denominado “Derecho penal del enemigo”, ya que es un modelo de construcción teórica que precisamente conduce a la justificación de realidades como Guantánamo, Abu

⁹¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo...*, p. 26.

⁹² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo...*, p. 27. La citada autora agrega que “Pero sin lugar a duda el fenómeno del Derecho penal y procesal penal de excepción surge fundamentalmente en el contexto de la lucha contra el terrorismo, agudizándose especialmente en los últimos años, a raíz de los atentados del 11 de septiembre en Nueva York y de los posteriores atentados de Madrid y Londres. Y es en el ámbito de la legislación antiterrorista donde, como en ningún otro, se ponen de relieve las entre los principios generales del sistema (que parte del reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales de todos, también del sospechoso de terrorismo, en tanto en cuanto éste sigue teniendo en nuestro Ordenamiento la consideración de persona y sujeto de derechos y libertades) y una realidad difícilmente compatible con los mismos”.

Ghraid o la política de asesinatos selectivos en Afganistán y, seguramente, la muerte de Bin Laden en Pakistán⁹³.

Así pues, desde aquel sector de la doctrina se afirma contundentemente y sin reparo alguno que solo quien “*prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico*” tiene derecho a ser tratado como persona en derecho. [Mientras que] Quien no preste esa promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de sus derechos. Sus deberes [sin embargo] siguen incólumes⁹⁴.

Aquella que es una expresión característica del denominado “Derecho penal del enemigo”, da cuenta de aquel fenómeno lamentable que, sin embargo, es actual y se encuentra presente en el ordenamiento jurídico peruano, como expresión de la resignación e incapacidad del Estado ante la criminalidad y cuyo ensalzamiento –desde distintos sectores– se realiza sin análisis sociológico alguno, sin estadística penitenciaria y sin noción de cuáles son los efectos de la ejecución de las penas en nuestras cárceles⁹⁵.

Dicha posición teórica toma como punto de partida fundamentos filosóficos previos al constitucionalismo (ROUSSEAU, FICHTE, Hobbes, KANT y HEGEL)⁹⁶ para, a partir de ello, conseguir negar al “enemigo” la condición de persona, aceptando la abolición de sus derechos.

En efecto, con la denominación “Derecho penal del enemigo”⁹⁷, se hace referencia al trato de los infractores como enemigos, esto es, “como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas

⁹³ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo...*, p. 33.

⁹⁴ JAKOBS, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 110. [resaltado nuestro]

⁹⁵ SÁNCHEZ MALAGA CARRILLO, “El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana”, p. 342.

⁹⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo...*, p. 36.

⁹⁷ Sobre lo impropio de tal definición: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 59 – 61.

del modo que sea⁹⁸. Así, enemigo es sinónimo de *fuerza de peligro* y denota a una persona que voluntariamente se autoexcluye⁹⁹ del sistema social, vía el constante cuestionamiento del ordenamiento jurídico¹⁰⁰, por lo que no ofrece garantía (cognitiva) de que cumplirá con los deberes exigibles a toda persona en Derecho (comportamiento fiel al ordenamiento jurídico)¹⁰¹.

No obstante ello, JAKOBS entiende que el “Derecho penal del enemigo” sigue siendo derecho, pues vincula a los ciudadanos y al Estado en la lucha contra tales riesgos. Agrega el citado autor que el “Derecho penal del enemigo” no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino que, “en un Estado de derecho administrado con inteligencia, una *última ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente¹⁰². Sostiene, asimismo, que “el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores¹⁰³.”

Nosotros, apartándonos de tal postura, consideramos que, si bien es cierto, el Estado, en ejercicio de sus atributos y cumpliendo sus deberes para con la sociedad, puede establecer medidas en materia penal, política criminal y penitenciaria que permitan hacer frente a

⁹⁸ Así, de manera descriptiva GARCÍA CAVERO, ¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?, p. 179.

⁹⁹ Por ello, se afirma que si el enemigo cambia su conducta podrá “volver a convertirse en ciudadano”. Ver: JAKOBS, “¿Derecho penal del...”, p. 110.

¹⁰⁰ MEINI, “Notas sobre el Derecho penal del enemigo y los Derechos humanos”, p. 25.

¹⁰¹ Dicha concepción teórica se contrapone al Derecho penal del ciudadano –también elaborado por Jakobs– en el que la imposición de penas se lleva a cabo al interior de un proceso rodeado de garantías y en el que cuando éste delinque no se entiende que ha atentado contra la constitución misma del Estado, de manera que la pena buscará el restablecimiento de la vigencia de la norma y no la eliminación del sujeto peligroso. Mayor detalle en: GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”, pp. 977 – 1002.

¹⁰² JAKOBS, “¿Derecho penal del...”, p. 111.

¹⁰³ JAKOBS, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, p. 88.

un fenómeno que pone en peligro a la sociedad¹⁰⁴, estas no pueden ser contrarias a los principios, valores y derechos constitucionales que sitúan al sistema penal dentro del marco del Estado Constitucional y que, solo a partir de su estricto respeto, vía ponderación en casos de conflicto, permiten la restricción del ejercicio de las libertades jurídicamente reconocidas en aras a lograr la defensa de otro valor o interés que también presenta relevancia constitucional¹⁰⁵.

En este sentido, en la doctrina comparada se ha afirmado que el “Derecho penal del enemigo” –tal y como está planteado en sus fundamentos por JAKOBS–, es contrario a los fundamentos de nuestro Estado democrático de Derecho¹⁰⁶. En el ámbito nacional, también se indica que dicho discurso implica un recorte ilegítimo, por parte del Estado, de los ámbitos de libertad de la persona¹⁰⁷ y que tal legislación debe ser sometida a un control sobre su compatibilidad con los diversos principios y garantías jurídico-penales recogidos en la Constitución¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, véase la STC n° 00033-2007-PI/TC. Caso: Días Montes y 8, 971 ciudadanos (FFJJ 36 y 37).

¹⁰⁵ Consideramos, sin embargo, que el estudio de tal posición teórica únicamente coadyuvará a que, vía la identificación de sus características, cuestionar las excesivas intromisiones por parte del Estado en las libertades jurídicamente reconocidas y, a partir de ello, encarar su ilegitimidad. Las características del “Derecho penal del enemigo”, en base a las cuales se someterá a crítica la forma de proceder del Estado ante determinados tipos de criminalidad, son: 1) amplio adelantamiento de la intervención del Derecho penal; 2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento y 3) relajación o supresión de garantías individuales de orden procesal. Sobre el particular ver: MEINI, “Notas sobre el Derecho penal del enemigo...”, p. 21. Dicho autor ha señalado que el Derecho penal del enemigo, “en tanto diagnóstico del comportamiento estatal, ofrece la posibilidad de confrontar la política-criminal que siguen los Estados con los estándares propios de un Derecho penal liberal que pretenda garantizarla libertad. En otras palabras, si se mantiene la naturaleza descriptiva del Derecho penal del enemigo se podría echar mano de una herramienta útil para denunciar los excesos en que incurrir ciertos gobiernos en su afán por brindar seguridad en detrimento del respeto de los derechos de aquellos a quien considera sus enemigos”.

¹⁰⁶ FEIJOÓ SÁNCHEZ, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”.

¹⁰⁷ MEINI, “Notas sobre el Derecho penal del enemigo...”, p. 28.

¹⁰⁸ GARCÍA CAVERO, “Existe y debe existir...”, p. 189.

A pesar de las críticas comentadas, el empleo de la legislación de “emergencia” o “Derecho penal del enemigo” cobra vigor por su pretendida “eficacia” para paliar la peligrosidad generada por determinados sujetos que no ofrecen una mínima seguridad cognitiva acerca de que su comportamiento se encontrará de acuerdo a Derecho, por lo que, en atención a tales razones, se aduce que el recurso a este tipo de instrumentos haría posible sobrellevar la situación de excepcional conflicto.

Para nosotros, en cambio, ante dicha política de *endurecimiento* desorbitado del sistema penal, cuyo correlato es el relajamiento o eliminación de garantías como solución a los problemas de la criminalidad, se debe reaccionar proponiendo que los derechos y garantías individuales se extiendan a todo el Derecho penal, sin excepciones, siendo este el desafío que debe enfrentar la Ciencia del Derecho penal en los próximos años¹⁰⁹.

Con esto queremos expresar nuestra preferencia por un sistema penal que no renuncie a las garantías que se derivan de un Estado democrático de Derecho, pues como menciona ODOÑO SANGUINÉ, aunque las leyes de emergencia son muy heterogéneas debido a su naturaleza de mera respuesta contingente caso por caso, presentan un rasgo unitario en el aspecto de degradación de los derechos fundamentales y el endurecimiento de su carácter represivo¹¹⁰.

En virtud de todo lo expuesto, apostamos por un *Derecho penal garantista*, que no ha de generar la idea de un “Derecho penal débil”, sino, como indica la profesora LAURA ZUÑIGA, la de uno que, bajo el prisma del *principio de proporcionalidad*, ofrezca una respuesta contundente por parte del Estado a los casos de criminalidad organizada¹¹¹ o, en general, frente a toda forma de criminalidad en extremo violenta.

¹⁰⁹ FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos...”, p. 315.

¹¹⁰ SANGUINÉ, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, p. 164.

¹¹¹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, “Criminalidad organizada y Derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción”, p. 311.

Ahora bien, retomando el objeto de nuestro estudio, cabe resaltar que la noción de *peligrosidad criminal del delincuente* juega un papel fundamental y decisivo a la hora de calificar como “enemigos”, de acuerdo a los postulados de JAKOBS, a los infractores o agresores penales¹¹². Es pues, la determinación de tal *peligrosidad* lo que permitiría la excesiva intervención del Estado con la finalidad de brindar seguridad en detrimento del respeto de los derechos de aquellos a quienes consideran sus “enemigos”.

Es más, debido a que lo característico del “enemigo” es el abandono del Derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta, lo cual manifiesta una *situación fáctica de peligrosidad*, que se debe hacer frente de un modo expeditivo, SILVA SÁNCHEZ apunta que el “Derecho penal del enemigo” sería, entonces, ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos; y ello, aunque tales medidas se mostraran en ocasiones bajo la apariencia formal de penas¹¹³.

En ese mismo sentido, SANZ MORÁN, citando a KUNZ, menciona que ante la pregunta de hasta qué punto las recientes tendencias legislativas orientadas en clave inocuidadora pueden caracterizarse como expresivas de un “Derecho penal del enemigo”, se concluye que –en especial– la custodia de seguridad¹¹⁴ constituiría en el planteamiento de JAKOBS, el ejemplo central de dicha categoría, en los términos en que la plantea este último autor¹¹⁵.

¹¹² ARMAZA, *El tratamiento penal del...*, p. 244. Se advierte además, siguiendo a Muñiz Conde, que el “Derecho penal del enemigo” guarda relación con el llamado Derecho penal de autor, en donde el dato más importante al momento de desvalorar una acción constitutiva de delito no es la gravedad de la misma ni el grado de culpabilidad del autor, sino más bien la personalidad específica del sujeto, dado que es portador de peligrosidad criminal (p. 243).

¹¹³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 185 y 186.

¹¹⁴ Sobre ello se ahondará más adelante, no obstante, cabe adelantar que se trata de una medida de seguridad aplicable a sujetos imputables, consistente en la privación de la libertad posterior al cumplimiento de una determinada pena privativa de libertad, aplicada a consecuencia de la comisión de delitos graves.

¹¹⁵ SANZ MORÁN, “El tratamiento del delincuente habitual”, p. 9.

Advertida tal vinculación podemos colegir que, hoy en día, es la corriente del “Derecho penal del enemigo” la que ofrece un importante punto de apoyo para la demanda de una mayor severidad punitiva, que se traduce en una defensa del retorno a la inocuización del delincuente peligroso, pese al profundo recorte de libertades que ello significa; llegando incluso a defenderse la necesidad de que los “enemigos” queden al margen del sistema de garantías y derechos como forma de garantizar y proteger el propio sistema¹¹⁶.

Sentado aquello, nos surge inmediatamente serios cuestionamientos tanto con relación a la correspondencia del “Derecho penal del enemigo” con los valores previstos en la Constitución como también en lo que respecta al tratamiento penal que el Estado dispensa al delincuente peligroso.

En relación con lo primero, se observan serias críticas vertidas contra el planteamiento de JAKOBS, pues, como da cuenta RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, se ha cuestionado tanto sus fundamentos filosóficos –poniendo de relieve su proximidad con las ideas de CARL SCHMITT y MEZGER, y, por tanto, con el nazismo –como también su falta de coherencia interna (intrasistémicas) y, fundamentalmente, su falta de legitimidad jurídico-constitucional, debido a su radical incompatibilidad con las exigencias de los Estados democráticos de Derecho¹¹⁷.

En relación con lo segundo, esto es, en lo que respecta al tratamiento penal que el Estado dispensa al delincuente peligroso, SILVA SÁNCHEZ ha indicado que una de las paradojas más importantes con relación a la imposición de “medidas de seguridad” para el *delincuente imputable peligroso* de criminalidad grave es la de cómo compatibilizar, con respecto a un mismo sujeto, la afirmación de

¹¹⁶ No obstante debemos ser precisos en agregar que no es solo desde dicha corriente de opinión que podría justificarse el drástico tratamiento de sujeto peligroso imputable, pero sí es desde aquella que surgen los más amplios reparos dado su radical discurso y, obviamente, las consecuencias que genera.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo...*, p. 39.

su racionalidad que se manifiesta en la imposición de la pena, y su simultánea negación, que se manifiesta en la imposición de la medida de seguridad¹¹⁸.

Sobre esto último nos detendremos en el siguiente apartado, no obstante, desde ahora, y tratando de asumir una postura global en torno a las críticas mencionadas párrafos arriba, consideramos oportuno afirmar que “(...) existen límites marcados por el propio sistema de democracia constitucional que afectan no solo al legislador y al aplicador del Derecho penal, sino también a las posibilidades de interpretación y justificación dogmática de la actuación del legislador y de los jueces, de modo que los dogmáticos deberían sentirse vinculados y tomar en consideración los límites que la Constitución impone, pues –como ha afirmado VIVES– en un sistema de democracia constitucional el único dogma que debería tener el Derecho penal es el del respeto a los principios constitucionales”¹¹⁹.

III. La propuesta de incorporación de medidas de seguridad post delictivas como un “novísimo” instrumento frente a la peligrosidad criminal

El Derecho penal se compone de preceptos que regulan tanto los presupuestos como las consecuencias de una conducta conminada

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, p. 2.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo...*, pp. 39 y 40. A ello, acertadamente, la mencionada autora añade que “Quienes así actúan –pongo el ejemplo de Jakobs, pero insisto en que son significativos los sectores doctrinales y judiciales que muestran su complacencia y tienden a dotar de legitimación teórica a ese “Derecho penal del enemigo” que se va consagrando en la práctica y en las legislaciones de muchos países– no pueden obviar que, amparados en la pretendida científicidad de sus planteamientos, están poniendo en cuestión el sistema de democracia constitucional que dicen defender frente a los enemigos, al negar sus valores esenciales, a partir del primario, la dignidad de la persona humana; y que sus construcciones pueden acabar convirtiéndose –y de hecho se convierten– en base teórica para bloquear los mecanismos de control y límites de dicho sistema y, *de facto*, hacerlo desaparecer, al menos y de momento, para ciertos sectores de la población” (p. 40)

con una pena o con una *medida de seguridad*¹²⁰. Estas, de acuerdo a un sector de la doctrina, presentan finalidades que no se diferencian en su esencia¹²¹, sino en lo concerniente a sus límites, pues las medidas de seguridad no se encuentran ligadas en su gravedad y duración a la *culpabilidad*, sino al principio de proporcionalidad, que admitiría –de acuerdo a ROXIN– injerencias más amplias que las permitidas a través de la imposición de las penas¹²².

Fue CARL STOOSS quien ideó el sistema que introdujo en el Derecho penal las denominadas medidas de seguridad; así, a partir de la redacción del Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, por parte de dicho autor, se implantó el llamado sistema dualista (penas y medidas de seguridad), que, de acuerdo a ROMEO CASABONA, caracterizaría a las direcciones intermedias dominantes de aquel tiempo, particularmente la dirección de la Política Criminal encabezada por VON LISZT y la *Terza Scuola* de los italianos ALIMENA y CARNEVALE, encontrando eco en las renovaciones legislativas que se fueron introduciendo¹²³.

¹²⁰ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 41. Cabe agregar que la idea de dotar al sistema del Derecho penal de medidas de seguridad surgió a finales del siglo XIX cuando el Derecho penal clásico no pudo resolver ciertas cuestiones (principalmente los actos realizados por sujetos no culpables, pero peligrosos), planteándose otro Derecho penal sin las exigencias rígidas del principio de culpabilidad. Ver: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 117.

¹²¹ En contra de tal afirmación se manifiesta Romeo Casabona, pues para él “(...) la pena y la medida de seguridad tienen en su aplicación un fundamento bien diferente: culpabilidad y peligrosidad, respectivamente. Entre ambas no hay, como se ha apuntado, en principio, nexo alguno, sino antes bien contradicciones. Ver: ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal...*, p. 20.

¹²² ROXIN, *Derecho penal...*, p. 105.

¹²³ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal...*, p. 18. El mencionado autor agrega que durante aquella época surgió también algún intento de mantener el Derecho penal dentro del monismo –no debe olvidarse que la escuela Positiva era monista–, pero incorporando los hallazgos y ventajas que supone la noción de peligrosidad. Ese es el caso, por ejemplo, de Grispigni, en cuya opinión, para que una pena pueda ser impuesta era necesario, además, de la presencia del delito, que el autor del mismo sea imputable y, además, peligroso. No obstante, la necesidad de acudir a ciertas presunciones restaría credibilidad y resonancia a su posición.

De este modo, se hace evidente que fue desde la época de los proyectos suizos de STOOSS de finales del siglo XIX y comienzos del siglo pasado que se comienza a teorizar un Derecho penal para personas culpables y responsables por sus acciones y otro, en cambio, para personas peligrosas, destinándose a aquellas penas retributivas; y a estas, medidas administrativas que, en su origen, estuvieron con un pie en el sistema penal y con el otro en la coerción administrativa directa, pues no respondían a la gravedad del hecho, sino al llamado Derecho penal de autor conforme a la peligrosidad *positivista*¹²⁴.

Como habría de esperarse, la concurrencia de penas y medidas de seguridad en un mismo sistema generan más de un problema en relación con las funciones que actualmente se les asignan, esto es, la *función de prevención*, por lo que para resolverlos surgieron varios sistemas: a) el *sistema monista*, según el cual solo se ha de contemplar una consecuencia penal (la pena o la medida de seguridad, pero no ambas); b) el *sistema dualista* o también denominado de *doble vía*, consistente en la aceptación de las medidas de seguridad conjuntamente con la pena; y, finalmente, c) el *sistema vicarial* o sustitutivo, que no busca acumular pena y medida de seguridad a la vez, sino que adecua el tiempo de cumplimiento de una pena con una medida de seguridad.

Nuestro texto punitivo, siguiendo la línea de los modernos sistemas penales¹²⁵, acogió ambas clases de sanciones de acuerdo al *sistema vicarial*, que si bien diferencia a la pena de la medida de seguridad, y establece con ello que la aplicación de esta última supondrá un tratamiento dirigido a evitar que un *sujeto peligroso* llegue a cometer

¹²⁴ ARMAZA, *El tratamiento penal del...*, pp. 38 y 39.

¹²⁵ GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 66: “Los sistemas penales modernos son considerados sistemas de doble vía, en la medida que puede aplicarse penas y medidas de seguridad. Incluso es posible que ambas consecuencias jurídicas del delito se apliquen de manera conjunta si se dan los presupuestos necesarios para su imposición. Este es el caso de los imputables relativos, los cuales, por algún tipo de anomalía mental, mantienen la capacidad de culpabilidad, pero ésta se encuentra sustancialmente restringida”.

un delito (art. 74 CP), evita el cumplimiento acumulativo de una pena y una medida de seguridad que importen privación de la libertad cuando son impuestas de manera conjunta (en el caso de los imputables relativos, por ejemplo).

Para la imposición de las medidas de seguridad que venimos comentando, no se requiere de la capacidad de culpabilidad del autor, pues las medidas de seguridad –hasta ahora en nuestra legislación– se aplican a sujetos que carecen de ésta, pero son *fuentes de riesgo* para bienes jurídicos valiosos, respondiéndose así a la necesidad de preservar intereses públicos predominantes (art. VIII del Título Preliminar del Código Penal).

Tales medidas pueden ser *pre-delictuales* (no exigen como condición la comisión de un delito) y *post-delictuales* (el sujeto debe haber reflejado su peligrosidad con la comisión de un determinado delito); sin embargo, solo estas últimas han encontrado acogida en el Derecho penal peruano¹²⁶, suponiendo una función preventivo-especial que tiene como presupuesto fundamental la *peligrosidad del individuo*¹²⁷.

¹²⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal...*, p. 78.

¹²⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal...*, p. 77. Cabe indicar que la peligrosidad también puede dividirse en *peligrosidad social* (cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de que realice en el futuro una acción socialmente dañosa) y *peligrosidad criminal* (que es aquella de la que se puede inferir que existe la probabilidad de que el sujeto que la porta lleve a cabo en el futuro una conducta constitutiva de delito). La que nos interesa es esta última, ya que será en el sujeto que ha realizado previamente un comportamiento no solo típico, sino también antijurídico, en quien ha de declararse dicha peligrosidad criminal y, por tanto, es en quien se impondrá, en tanto *sujeto peligroso*, un especial tratamiento por parte del Estado.

Otras clases de peligrosidad, de acuerdo a Romeo Casabona son la *próxima* o *remota*, por un lado, y *grave* o *leve*, por otro, según sea mayor o menor la probabilidad de que se produzca el evento dañoso o la importancia de los bienes jurídicos sobre los que recae el riesgo de lesión por parte de la persona peligrosa. Así también, puede hacerse mención a la peligrosidad *genérica* o *específica*, según sea la clase de bien o bienes jurídicos sobre los que recae el peligro; o a la peligrosidad *simple* y la *cualificada*, que hacen referencia a los factores causales, pues –la primera– indica la probabilidad de cometer un delito previsto como tal por la ley; mientras que –la segunda– refleja una mayor probabilidad de cometer el delito como consecuencia de la existencia de ciertas

Las medidas de seguridad, como hemos adelantado, deben someterse al principio de proporcionalidad, pues tienen que estar en proporción con la *peligrosidad* del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometería si no fuese tratado¹²⁸.

Al mencionado elemento de la *peligrosidad* se llegará a través de un juicio o “prognosis” de la vida del autor en el futuro (a partir de datos como los del género de vida, constitución psíquica, ambiente en que vive, etc.), proceso que, en la actualidad, carece de una fiabilidad absoluta con relación a sus resultados¹²⁹.

condiciones en el sujeto que no constituyen características tomadas específicamente en consideración por la ley como, por ejemplo, es el caso del delincuente habitual, profesional, por tendencia, entre otros. En esa línea, también cabe mencionar a la *peligrosidad presunta*, que es aquella establecida por la ley cuando concurren ciertas circunstancias sin que sea posible demostrar la no existencia efectiva de peligrosidad; frente a ello, se tiene la *peligrosidad comprobada*, consistente en que el juez, mediante las pautas que le marca la ley y, en último extremo, a través del juicio de peligrosidad, consigue llegar al convencimiento de que es cierta la peligrosidad del sujeto. Se tiene también a la *extradelictual*, la cual es contrapuesta a la predelictual y postdelictual, pues se refiere al momento en que aparece la peligrosidad, vinculada en este caso a la realización de hechos que en ciertos países se conocen como cuasidelictos. Finalmente, sea anota a la *peligrosidad pasiva*, en relación con la víctima del delito, por lo que se trataría de una *peligrosidad “al revés”*, toda vez que el peligro viene de la comunidad al individuo y la reacción sería de medidas de protección. Sobre todo esto y con mucho más detalle ver: ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, pp. 51 – 54.

¹²⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal...*, p. 78.

¹²⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal...*, p. 77. Con mayor precisión, de acuerdo a Romeo Casabona, cabe señalar que el juicio de peligrosidad se desenvuelve en dos momentos: la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso (el *diagnóstico de peligrosidad*), por un lado, y la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto (*prognosis criminal*). Asimismo, el mencionado autor menciona la existencia de distintos métodos para la *prognosis criminal*: a) método intuitivo, b) método científico o experimental y c) método estadístico. Sin embargo, en todos estos, reconoce un inconveniente en común “El principal inconveniente –válido para cualquier método– radica en que mientras que un error en el pronóstico que induzca al juez a negar la peligrosidad del sujeto –y, por tanto, a que no se le impongan medidas de seguridad– se pondrá de manifiesto por sí solo, cuando se comentan nuevos delitos, el error inverso es mucho más difícil de evidenciar, en cuanto que supondrá la declaración de peligrosidad de un individuo que en realidad no lo es y su correspondiente internamiento –o la adopción de cualquier otra medida–, período durante el cual será prácticamente imposible averiguar si hubiera cometido delitos; en estos caso no le serviría al juez ni siquiera

En esa línea, puede afirmarse que si bien el concepto de peligrosidad se ha incorporado al Derecho penal moderno, tanto en el plano científico como legislativo, vinculado a las medidas de seguridad en su función de prevención especial; también es cierto que “son igualmente hoy muy importantes las críticas que se dirigen tanto contra la noción de peligrosidad (el juicio pronóstico en que consiste) como contra las medidas de seguridad, con argumentos muy variados (...) que ponen en «peligro» la persistencia de ambas”¹³⁰.

Ahora bien, lo “novedoso” del mencionado Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE se encontraría en que, a diferencia de lo que actualmente se encuentra establecido en nuestro ordenamiento jurídico, pero en sintonía con lo establecido por el legislador español (*libertad vigilada*) y el de otros países europeos (como en Alemania, donde se aplicó de manera sumamente severa la *custodia de seguridad*)¹³¹, se propone la incorporación de “medidas de seguridad post-penales”, para condenados por delitos de terrorismo y abuso sexual, que serían de aplicación a sujetos *imputables*.

Con ello se buscaría incrementar la seguridad de los ciudadanos, ante la excarcelación de sujetos (imputables) que han realizado delitos graves y que, pese a haberse encontrado bastante tiempo privados de su libertad, su *peligrosidad criminal* no ha sido erradicada¹³². Esta intención ha sido claramente establecida en la propia Exposición de Motivos de la propuesta legislativa materia de análisis, al señalar que el grave contexto de inseguridad ciudadana presente en nuestra sociedad es el resultado de la comisión de delitos por personas que,

la experiencia de los propios errores anteriores”. Ver: ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal...*, pp. 30 y 37 - 39.

¹³⁰ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal...*, p. 14.

¹³¹ Al respecto ver: RIVAS GARCÍA, “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, pp. 601 – 626.

¹³² Esta también ha sido la meta buscada por el legislador español, así como el de su homólogo en otros países europeos, que los ha llevado a que elaboren drásticas medidas de seguridad para sujetos imputables. Con más detalle: RIVAS GARCÍA, “La libertad vigilada y...”, pp. 602 – 609 y 616 – 620.

habiendo sido condenadas a pena privativa de libertad en forma efectiva, una vez cumplida la pena impuesta, incurren nuevamente en la comisión de un ilícito.

De este modo, en caso de ser aprobada la citada propuesta, se trasladarían las serias deficiencias conceptuales que adolece la “peligrosidad”, así como el escaso margen de fiabilidad con relación a los resultados del juicio sobre la vida del autor en el futuro (“prognosis”), al campo en donde el *Derecho penal del hecho* –propio de un Estado constitucional y democrático de Derecho– ha de regir con mayor fuerza: **la vinculación del sujeto a las normas penales**¹³³.

Viene al caso señalar que en 1986, el profesor ROMEO CASABONA sostuvo que dos son los factores de incerteza: “en primer lugar, la fiabilidad de los métodos utilizados para la averiguación y comprobación de los síntomas de peligrosidad, así como la validez de los síntomas mismos; y, en segundo lugar, en que la probabilidad es, por su propia naturaleza, incierta; no deja de ser una mera hipótesis de trabajo, pues no puede haber una certeza matemática (...) de que el individuo sometido a examen *cometerá* un delito en el futuro. En esto radica la vulnerabilidad de esta premisa en que consiste la peligrosidad, pues de ella depende la imposición de una medida de seguridad, es decir, en último extremo, de algo incierto”¹³⁴.

Recientemente, ANTONIO ANDRÉS-PUEYO sostiene de manera crítica que “Se define la peligrosidad como una propiedad del individuo relacionada con la gravedad del delito cometido, con la historia de antecedentes criminales del mismo, con la presencia de patologías mentales graves y crónicas en el encausado y con la “potencialidad” criminal del mismo”¹³⁵, de manera que, de acuerdo al citado autor, sería un concepto polisémico que unas veces toma

¹³³ MEINI, “Inimputabilidad penal por diversidad cultural. Sobre el art. 15 CP”, pp. 93 – 96.

¹³⁴ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal...*, pp. 31 y 32.

¹³⁵ ANDRÉS-PUEYO, “Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico”, p. 496.

alguno de aquellos fundamentos, a veces otros, también distintas combinaciones de los mismos e, incluso, todos a la vez, dificultando con ello la posterior tarea de evaluación objetiva y fiable, que resulta esencial para la práctica jurídica y asistencial¹³⁶.

Con relación al juicio sobre la vida del autor en el futuro (“prognosis de peligrosidad”), los profesores HASSEMER/MUÑOZ CONDE indicaron que “es también discutible y se basa muchas veces más en criterios que en un verdadero estudio de la personalidad del condenado. El experto (o expertos) puede(n) dejarse llevar por la presión social y tener miedo de que si su pronóstico es favorable, pero el sujeto una vez liberado vuelve a delinquir, se le exijan responsabilidades o, en todo caso, reciban críticas amargas”¹³⁷.

Vistos tales cuestionamientos, cabe apuntar que dicha manera de afrontar la problemática sobre el tratamiento que el Estado debe brindar a los sujetos *imputables peligrosos* de criminalidad grave (por ejemplo: los llamados violadores –*sexual predators*– o los asesinos en serie –*serial killers*–) forma parte de uno de los dos modelos que se han desarrollado en el plano comparado; sin embargo, a nuestro criterio, ninguno de estos atina a dar una respuesta satisfactoria y en armonía con los postulados de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

El primero, que ha sido adoptado por países como Suecia y Grecia, se caracteriza por intentar resolver el citado problema solamente en el ámbito de la pena, sea mediante la agravación de la misma o a través de condenas de duración indeterminada o perpetua; mientras que, el segundo, adoptado, entre otros, por Alemania, Estados Unidos, Suiza, Japón y, recientemente, en España, lo hace a través de medidas de seguridad como el internamiento en un centro de terapia social, la castración química, los registros especiales así como la *libertad vigilada* y la *custodia de seguridad*¹³⁸.

¹³⁶ ANDRÉS-PUEYO, “Peligrosidad criminal: análisis crítico...”, p. 496.

¹³⁷ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*, p. 382.

¹³⁸ ARMAZA, *El tratamiento penal del...*, pp. 5 y 6.

Llegado a este punto, es de resaltar que la aplicación de “medidas de seguridad” para imputables peligrosos no es un recurso desconocido ni al interior de la doctrina penal ni en la legislación comparada¹³⁹. Así pues, cuando el citado Proyecto¹⁴⁰ busca instaurar medidas que, por un lado, consistirían en la internación con fines de custodia de aquellos que, habiendo sido sancionados previamente por los delitos de terrorismo y abuso sexual, reflejen un “pronóstico grave” y “fundado” de que volverán a cometerlos en el futuro, lo que hace es trasladar aquello que en el ámbito comparado (Alemania) recibe la denominación de *custodia de seguridad*¹⁴¹ a nuestro ámbito jurídico.

Incluso, como se desarrollará más adelante, el que se proponga que dicha medida se ejecute después del cumplimiento de la pena

¹³⁹ Así lo afirman Luaces Gutiérrez y Vázquez González, quienes indican que el control judicial ante determinados delitos tras el cumplimiento de la pena, sobre aquellos delincuentes considerados peligrosos, no es algo novedoso ni extraño para el Derecho penal, ya que existe desde hace años en el Derecho comparado. Los mencionados autores ponen como ejemplo el que en Italia se parte de lo que el legislador considera como *delincuentes por tendencia*, y que, de acuerdo con el Código Penal italiano, será así considerado quien sin ser reincidente habitual o profesional, comete un delito contra la vida o la integridad física de las personas, siempre que revele una especial inclinación hacia el delito y que encuentre su causa en la índole especialmente malvada del culpable. La declaración de dicha tendencia a delinquir, además de la pena, conlleva la imposición de medidas de seguridad, entre las que se encuentra la libertad vigilada.

Así también, en Francia, el nuevo Código Penal de 1993 regula lo que denomina «control socio-judicial», que consiste en la obligación del condenado a someterse a medidas de asistencia y vigilancia destinadas a prevenir la reincidencia, durante un periodo que no puede ser superior a 10 años en casos de condenas por delitos ni de 20 años en caso de condenas por crímenes (esto, de acuerdo a la clasificación tripartita de infracciones punibles que dicho cuerpo legal a asumido). Así también, en el Reino Unido, una vez acreditada la peligrosidad del delincuente, el Tribunal puede distintos tipos de condena: prisión perpetua, condena de prisión indeterminada, *extended sentence* a prisión o detención, que conlleva al sometimiento del sujeto a un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena o, finalmente, cualquier otra condena que el Tribunal esté capacitado legalmente para imponer. Para mayor detalle: LUACES GUTIÉRREZ/VÁZQUEZ GONZÁLEZ. “Estados peligrosos y medidas de seguridad complementarias a la pena (aspectos penales, procesales y criminológicos de la nueva medida de libertad vigilada)”, pp. 113 – 117.

¹⁴⁰ Vía la modificación del art. 71 y la incorporación del art. 77-A al Código Penal.

¹⁴¹ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE, p. 8.

impuesta y que tenga una duración máxima de 10 años, *siendo obligatoria en todos aquellos casos en que el agente sea reincidente o habitual*¹⁴², configura una traslación acrítica de los límites y exigencias que en un primer momento se siguió en el ámbito comparado.

En esa misma línea, ante el supuesto de que el Juez decida suspender la referida custodia de seguridad por no considerarla necesaria, se indica en el mencionado Proyecto, que se deberán imponer otras medidas¹⁴³ como la obligación o prohibición (según sea conveniente) de residir en un lugar determinado, la prohibición de visitar a internos o de establecer contacto con personas condenadas por terrorismo, la prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares, entre otras, que se ejecutarían después del cumplimiento de la pena impuesta al condenado¹⁴⁴. Tal conjunto de medidas, en la legislación extranjera (España), dan forma a lo que se ha denominado *libertad vigilada*.

Conforme a lo apuntado, debe advertirse que las diferencias entre los sistemas en que se conoce una única sanción penal y en los que junto a la pena se prevén medidas de seguridad (gran parte de los países de Europa continental) se pierden de cara a la inocuización de sujetos peligrosos¹⁴⁵, siendo un ejemplo de ello lo sucedido en Alemania y, recientemente, en España.

¹⁴² Cabe preguntarnos si, en realidad, el que tal medida sea obligatoria en todos aquellos casos en que el agente sea reincidente o habitual configura una *presunción de peligrosidad*, que se aleja de todo pronóstico individualizado, para entenderse como una verificación general de la pertenencia del sujeto a una categoría configurada de manera más o menos apriorística o probabilística como potencialmente peligrosos: los delincuentes reincidentes o habituales. Crítico al respecto: LUACES GUTIÉRREZ/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “Estados peligrosos y medidas de seguridad complementarias a la pena...”, pp. 135 - 137.

¹⁴³ Ello en virtud de lo que se llegaría a exigir con el art. 77-A y el núm. 3 del art. 77-B propuestos a través del Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE.

¹⁴⁴ Estas se introducirían a partir de la modificatoria del art. 71 del Código Penal propuesta vía el Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE.

¹⁴⁵ ROBLES PLANAS, “*Sexual Predators*”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, p. 4.

En efecto, bajo la excusa de combatir a los sujetos peligrosos (ienemigos!¹⁴⁶) se ha buscado justificar la legitimidad de un “Derecho penal de la peligrosidad”, en cuyo seno surgen productos sumamente represivos como, por ejemplo, la custodia de seguridad alemana, que ha motivado el rechazo del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 17 de diciembre de 2009. Este pronunciamiento, a su vez, ha propiciado que el Tribunal Constitucional alemán (sentencia de 4 de mayo de 2011), pese a fallos anteriores en los que se decantó a favor de su legitimidad, termine por derogar dicha normativa, tras considerarla lesiva de derechos fundamentales¹⁴⁷.

En efecto, la custodia de seguridad alemana, antes del citado fallo, fue sometida a numerosas reformas, desde su introducción a dicho ordenamiento jurídico en 1933¹⁴⁸, con la finalidad de reforzar la “seguridad” de la población¹⁴⁹. Semejante medida consistió en

¹⁴⁶ A pesar de que la cuestión de los delincuentes plenamente culpables que, a su vez, encierran una peligrosidad criminal grave es, de acuerdo a Bernardo Feijóo, un viejo y conocido problema, en la actualidad puede observarse que se prefiere enmarcar a los mismos dentro del (no tan) nuevo y difuso concepto de “enemigo” presentado por Jakobs. Así, se pueden “apreciar estos paralelismos si tenemos en cuenta que Jakobs fundamenta una y otra vez el derecho penal del enemigo en un derecho a la seguridad por parte de los ciudadanos fieles al derecho”. Ver: FEIJOÓ SÁNCHEZ, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”.

¹⁴⁷ RIVAS GARCÍA, “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, pp. 616 – 620.

¹⁴⁸ Con mayor detalle ROBLES PLANAS, “*Sexual Predators*”. Estrategias y límites del..., p. 6: “La *Sicherungsverwahrung* (custodia de seguridad) existe en el *StGB* desde que se introdujeron en él las medidas de seguridad en el año 1933 y ha sido y sigue siendo el principal instrumento del Ordenamiento penal alemán para combatir la reincidencia en delincuentes violentos peligrosos. Sin embargo, tras el derrumbe del régimen nacionalsocialista esta medida se mantuvo prácticamente inaplicada hasta que en 1998 la Ley para la lucha contra los delitos sexuales reformó los presupuestos de su imposición, ampliando sus posibilidades de aplicación. Posteriormente, la custodia de seguridad ha sido reformada en dos ocasiones más para extender su ámbito de operatividad a casi todas las situaciones en las que la peligrosidad del delincuente resulta una “amenaza para la sociedad”.

¹⁴⁹ Ver: POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, “¿Medidas de seguridad “inocuidadoras” para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida consuetudinaria y sobre el fundamento y clase de las medidas de seguridad”, p. 510.

una privación de la libertad posterior al cumplimiento de una determinada pena privativa de libertad aplicada como consecuencia de la condena por la comisión de delitos contra la libertad sexual, la vida y la integridad física.

El requisito material para su imposición –una de las pocas cosas que se ha mantenido– es la “tendencia o propensión a la comisión de delitos de gravedad ([aunque] en la actualidad ya no sólo contra la vida y la integridad, sino también de carácter económico –i!–) y la existencia del correspondiente “peligro para la sociedad”¹⁵⁰.

La mencionada “medida de seguridad” debía decretarse en la misma sentencia condenatoria, lo que hacía que en muchos supuestos, el pronóstico de peligrosidad fuera aún más incierto de lo que ya podría ser y ocasionaba que no fuese muy utilizada por los operadores. Por tal motivo, vía una modificatoria realizada en agosto de 2002, se permitió que el Tribunal reserve la decisión sobre su imposición hasta el final del cumplimiento de la pena de prisión, llegándose, con posterioridad, a regular que la misma podía imponerse aun cuando no existiese pronunciamiento alguno (sobre su aplicación o suspensión) en el fallo condenatorio, lo que produjo que pueda aplicarse también a los casos antiguos¹⁵¹.

Un dato importante a tomar en cuenta es que la custodia de seguridad contó, en un principio, con un límite de 10 años que, sin embargo, fue eliminado en la reforma alemana de 1998, en virtud de la importancia de los bienes jurídicos “amenazados” por el sujeto peligroso y a que el legislador alemán “no podía” asumir los riesgos derivados de tal puesta en libertad, pese al cumplimiento de la pena por parte del condenado; posibilitándose, a consecuencia de ello, que su imposición tenga una duración de por vida¹⁵². Se extendió,

¹⁵⁰ ROBLES PLANAS, “*Sexual Predators*”. Estrategias y límites del..., p. 6.

¹⁵¹ RIVAS GARCÍA, “La libertad vigilada y...”, pp. 616 y 617.

¹⁵² Ello encontró amparo a través de una sentencia de fecha 5 de febrero de 2004, en donde el propio Tribunal Constitucional alemán se pronunció a favor de la supresión del límite máximo de la custodia de seguridad. Para fundamentar tal fallo, el citado Tribunal esbozó la problemática planteada a partir de la colisión de dos de los principios que se encontrarían en conflicto: el principio de libertad y la necesidad de

asimismo, los alcances de tan ominosa medida a los adultos de 18 a 21 años, agravándose mucho más con el paso del tiempo hasta alcanzar a los casos antiguos del *otro lado del muro*¹⁵³.

Frente a aquel conjunto de afectaciones a los derechos y garantías propias de un Estado Constitucional, social y democrático de Derecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que es predicable la prohibición de retroactividad y que “la supuesta finalidad solo preventivo-especial de la custodia de seguridad no se compadece con un régimen jurídico que entraña la posible privación de libertad de por vida, algo que –a juicio del Tribunal– comporta una finalidad preventivo-general que es propia de una pena, y esa es la naturaleza que le asigna”¹⁵⁴.

seguridad de la sociedad, lo que se debía de resolver a través de la ponderación en el caso en concreto. En estricto, de acuerdo a Sánchez Lázaro, se señaló lo siguiente: “la grave intervención iusfundamental, que supone una posible custodia de por vida, no infringe la garantía de respeto del contenido esencia (...), en tanto que intereses de peso relativos a la protección de terceros puedan legitimar tal intervención y en especial, se dé cuenta del principio de proporcionalidad”; asimismo, en relación con la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad del ciudadano, se indicó que era grave, pues suponía una posible custodia de por vida, no obstante, sobre el otro principio en colisión, el Tribunal Constitucional germano no se pronunció de manera tan categórica ni se precisó mínimamente el significado normativo de la necesidad de protección de la colectividad, en lugar de ello se indicó que “la ley, sólo [permite] la prolongación de la imposición de la medida tras el transcurso de 10 años, cuando a través de la misma pueden evitarse graves daños para la integridad física y moral de las víctimas potenciales. La ley enuncia así los bienes jurídicos, en principio, idóneos para justificar tan amplias intervenciones en el derecho fundamental a la libertad de los delinquentes que amenazan bienes protegidos”. A criterio de Sánchez Lázaro, de ese modo “se plantea erróneamente la ponderación. Pues no se trata de una colisión entre el derecho fundamental a la libertad y los bienes jurídicos aludidos en el texto legal; esto es, derecho a la libertad versus derecho a la integridad física y moral. Se trata de una colisión entre el derecho a la libertad y las necesidades de autoprotección de la sociedad, si bien ésta referida a los bienes jurídicos aludidos. Pero con ello, tales bienes ya no resultan idóneos sin más, para justificar tal intervención en el derecho a la libertad, pues no entran en la ponderación como derechos fundamentales, sino como necesidades de autoprotección de la sociedad”. Sobre esta y otras críticas a dicha sentencia ver: SÁNCHEZ LÁZARO, “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, pp. 4 y 5.

¹⁵³ RIVAS GARCÍA, “La libertad vigilada y...”, pp. 616 y 617.

¹⁵⁴ RIVAS GARCÍA, “La libertad vigilada y...”, p. 619.

Cabe hacer mención de que este pronunciamiento se dio por la solicitud de libertad de un ciudadano al que, pese a haber cumplido la sanción de cinco años de prisión, así como la medida post delictiva de custodia de seguridad en la época en que esta tenía como duración máxima 10 años, se le aplicó de manera retroactiva la eliminación del citado límite, manteniéndosele internado sobre la base de su *peligrosidad* y a que la prohibición de retroactividad no sería predicable para las “medidas de seguridad”.

Otro producto del “Derecho penal de la peligrosidad” es la medida de libertad vigilada, instaurada recientemente en España (a través de la LO 5/2010, de 15 de junio), con la que se pretende dar respuesta –según su Exposición de Motivos¹⁵⁵– a la problemática de las potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado. Esta “medida de seguridad” consiste en el sometimiento del condenado a un control judicial a través del cumplimiento de una serie de reglas de conducta –localización permanente, prohibición de acercarse a la víctima o comunicarse con ella, prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial, desempeñar determinadas actividades e, incluso, puede obligársele a seguir determinados programas formativos o someterse a tratamiento médico, entre otros¹⁵⁶– que se aplicarán luego del cumplimiento de la pena de privación de libertad impuesta a un sujeto por la comisión de delitos contra la libertad sexual y terrorismo.

La imposición de dicha medida será facultativa si la condena fue por un único delito de menor gravedad¹⁵⁷ y si el condenado no presentaba antecedentes penales. Mientras que, si la condena fue por uno o más delitos –sean graves o menos graves– o si se le condenó por un delito menos grave, pero se trataba de una persona con antecedentes penales, será de obligatoria imposición.

¹⁵⁵ Exposición de Motivos de la LO 5/2010, citada por CID MOLINÉ, “La medida de seguridad de libertad vigilada (art. 106 CP y concordantes)”, p.183.

¹⁵⁶ Ver: RIVAS GARCÍA, “La libertad vigilada y...”, p. 619; CID MOLINÉ, “La medida de seguridad de libertad vigilada...”, pp. 186 y 187.

¹⁵⁷ Esto, de acuerdo a la clasificación de delitos del Código Penal español.

La medida analizada será impuesta en dos etapas. La primera, “que se dará al momento de la sentencia, el Juez o Tribunal resolverá (decisión obligatoria o facultativa) sobre la imposición de la medida de libertad vigilada, sin concretar su contenido. En una segunda fase –con anterioridad a la finalización de la pena privativa de libertad– el Juez o Tribunal (previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria) decidirá sobre si mantiene la medida o si, por el contrario, la considera innecesaria, quedando entonces la medida de libertad vigilada sin efecto. En caso de que mantenga la medida deberá concretar su contenido, imponiendo una o varias de las obligaciones o prohibiciones que establece el art. 106 CP [español]”¹⁵⁸.

Con relación a la ejecución de la libertad vigilada, debe señalarse que el Juez de Vigilancia Penitenciaria se encuentra obligado a presentar por lo menos una vez al año una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Dicha propuesta ha de formularse a partir de la valoración de los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas y, de ser el caso, del resultado de las demás actuaciones, que a ese fin se ordene. Como se podrá intuir, la medida de *libertad vigilada* instaurada recientemente en España ha propiciado un debate en torno a su legitimidad. El sector de la doctrina que la admite indica, que su imposición a personas imputables debe ser excepcional y que requiere de una especial justificación constitucional. Otra postura, en cambio, afirma que la restricción de la libertad una vez cumplida una pena grave (30 años, por ejemplo) constituye un manifiesto exceso punitivo que vulnera los postulados de la proporcionalidad de la intervención penal.

A nuestro criterio, luego de revisados los antecedentes de dichas medidas en el ámbito comparado, consideramos que ambas quebrantan derechos fundamentales del *ex condenado* (que, en ese momento, sería tan ciudadano como cualquier otro) y posibilitan que, una vez aceptada su incorporación, se expanda su ámbito

¹⁵⁸ CID MOLINÉ, “La medida de seguridad de libertad vigilada...”, p. 191.

de aplicación hacia supuestos nuevos como sucedió en Alemania, corriéndose el riesgo de que se llegue a cosificar al individuo, tomándolo como mero objeto para apaciguar la demanda social de seguridad.

Señalado aquello, cabe apuntar que, como ha indicado SILVA SÁNCHEZ, una de las paradojas más importantes de aquellas “medidas de seguridad” “es la de cómo compatibilizar, con respecto a un mismo sujeto, la afirmación de su racionalidad que se manifiesta en la imposición de la pena, y su simultánea negación, que se manifiesta en la imposición de la medida [de seguridad]”¹⁵⁹.

IV. *Excursus*: ¿El recurso a la protección de la seguridad ciudadana puede justificar el empleo de instrumentos que colisionan con el marco axiológico de la Constitución?

La lectura del Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013 - 2018, nos advierte de que en los últimos años se ha elevado la comisión de eventos delictivos pertenecientes –desde una perspectiva criminológica– a la criminalidad tradicional¹⁶⁰. Tal hecho, ha propiciado que la inseguridad ciudadana se erija en uno de los principales problemas de nuestra sociedad y que, a modo de mensaje a la población, el Gobierno declare su inmediata solución como uno de sus principales objetivos¹⁶¹.

¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, “¿Es la custodia de seguridad...”, p. 2.

¹⁶⁰ Puede apuntarse, a modo de ejemplo, que en el caso de los delitos contra el patrimonio (robos, estafas, fraudes, entre otros), la incidencia pasó de 60, 165 en el año 2010 a 70, 021 en el 2011; mientras que, con relación a los delitos contra la libertad sexual, éstos se incrementaron de 2,642 violaciones en el 2010 a 2, 951 en el año 2011. Los actos pandillaje juvenil también aumentaron, pues de un registro de 341 delitos en el año 2010 se pasó a 1,448 en el 2011, lo que muestra un incremento aproximado del 400%. Ver: Lima Cómo Vamos. Evaluando la gestión en Lima al 2011. Segundo informe de resultados sobre calidad de vida - Encuesta del Instituto de Opinión Pública de la PUCP de noviembre de 2012, p. 7.

¹⁶¹ Plan de Seguridad Ciudadana 2013 – 1018. Así también ver: CONASEC, *Plan Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia Social 2012*; y, CONASEC, *Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2011*.

Sin embargo, tal loable cometido que busca paliar un fenómeno social complejo, multidimensional y multicausal¹⁶², se lleva a cabo a través de un conjunto de acciones que denotan la preferencia por una política de *endurecimiento* del sistema penal y su constante utilización para encarar la mayor parte de los conflictos sociales.

Una muestra de la excusa de protección a la seguridad ciudadana para permitir un empleo del *ius puniendi* en tensión con el ejercicio de las libertades jurídicamente reconocidas, así como de un alejamiento del *Derecho penal del hecho*, es la propuesta incorporación del mencionado mecanismo de control, seguimiento e internamiento de personas excarceladas tras haber cumplido condena por delitos violentos: *las medidas de seguridad post-penales para condenados por delitos de terrorismo y abuso sexual*.

Visto aquello, consideramos urgente brindar alguna aproximación al concepto de seguridad ciudadana propio de un Estado constitucional y democrático de Derecho, que, como es obvio, no puede desarrollarse como un proyecto de consolidación de las desigualdades sociales o de fomento de la exclusión social de ciertos colectivos ciudadanos¹⁶³.

En ese sentido, como una primera aproximación al tema conviene señalar que la seguridad ciudadana, de acuerdo al Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013 – 2018, es solo uno de varios componentes de la *seguridad humana*, responsable de enfrentar las amenazas violentas y delictivas contra las personas y sus bienes¹⁶⁴. En esa línea, se afirma que presenta dos acepciones. La primera la define como la condición –objetiva y subjetiva– de encontrarse el individuo libre de violencia o amenaza de violencia, o despojo intencional por parte de otros (incluiría todos los delitos contra las

¹⁶² Así lo indica el Plan de Seguridad Ciudadana 2013 – 2018.

¹⁶³ Sin embargo, a criterio de Díez Ripollés, esto es lo que desafortunadamente se viene realizando como consecuencia de una opción que prima la eficacia y efectividad de la intervención penal sobre cualquier otra consideración. Ver: DÍEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, p. 01: 28.

¹⁶⁴ Plan de Seguridad Ciudadana 2013 – 2018, p. 7.

personas, como el homicidio, la agresión, la violación, el secuestro y la trata de personas, así como los delitos contra el patrimonio, tanto privado como público e, incluso, otras modalidades delictivas propias del crimen organizado¹⁶⁵).

Por su parte, la segunda, hace referencia a la acción destinada a proteger a los ciudadanos frente a los hechos de violencia o despojo, a través de una adecuada política pública, entendida como los lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades estatales, y que tienen por fundamento una obligación positiva del Estado derivada de sus compromisos internacionales para garantizar los derechos fundamentales¹⁶⁶.

En definitiva, de lo que se trata es de la acción integrada que desarrolla el Estado ajustado a lo estrictamente necesario para proteger a la sociedad, pues de lo contrario se podría incurrir en una intervención desproporcionada en las libertades de los ciudadanos.

Así, la búsqueda de los citados fines, deberán llevarse a cabo en correspondencia con los postulados del Estado constitucional y democrático de Derecho, que en opinión de la Comisión Andina de Juristas ha de denominarse como *seguridad ciudadana democrática*¹⁶⁷, resaltándose de esa manera la importancia de que las medidas a realizarse garanticen el respeto, promoción y tutela de los derechos humanos, así como las garantías consagradas en la Constitución¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Plan de Seguridad Ciudadana 2013 – 2018, p. 7.

¹⁶⁶ Plan de Seguridad Ciudadana 2013 – 2018, pp. 7 y 8. Como antecedente a la denominación expuesta, cabe señalar que en el Plan Nacional 2012, la seguridad ciudadana se definía como “La acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas”. Ver: Plan Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia Social 2012, p. 5. Se agregó, más adelante y desde una perspectiva más amplia, que la seguridad ciudadana también puede conceptualizarse como “(...) aquella situación de vivir en comunidad, libres de riesgo y amenazas, respetando los deberes y derechos de todos los ciudadanos. La seguridad ciudadana es entonces un signo y una condición de inclusión social”.

¹⁶⁷ Comisión Andina de Juristas, *Seguridad ciudadana. Cambios necesarios*, pp. 36 – 69.

¹⁶⁸ En este sentido, se resalta que uno de los elementos centrales de la seguridad

Lo apuntado cobra mayor importancia al tomarse en cuenta –como adelantáramos– que en el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia Social 2012, así como en el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013 – 2018, se indica que “(...) la seguridad ciudadana está relacionada a la **prevención de delitos y faltas** en el marco de una delincuencia individual y colectiva”¹⁶⁹, reconociéndose así, como parte de la política de seguridad ciudadana, una necesaria labor político-criminal en aras a la obtención de sus fines.

Obviamente, dicha labor de política criminal no podrá desarrollarse como un proyecto de consolidación de las desigualdades sociales o de fomento de la exclusión social de ciertos colectivos ciudadanos ni sobre la base de un protagonismo exagerado de los intereses de las (potenciales) víctimas, en donde cualquier elemento en favor del delincuente (garantías procesales, beneficios penitenciarios, entre otros) sea entendida como una pérdida para ellas¹⁷⁰.

Tal camino es incorrecto, pues se fundamenta en una opción en la que prima la efectividad a corto plazo sobre otros intereses valiosos, ocasionando efectos devastadores en la estructura de racionalidad del Derecho penal¹⁷¹, que en nada coadyuva a la adecuada persecución y castigo del delito, como medio para el mantenimiento de estándares deseables de seguridad.

A nuestro criterio, lo más acertado ha de ser una combinación de estrategias e instrumentos para la protección de la seguridad en la que se tomen en cuenta, entre otros, aspectos que busquen

ciudadana democrática consiste en que “(...) la protección de los ciudadanos debe darse dentro de un marco de respeto de la Constitución y las leyes por parte de los agentes del orden, especialmente de sus libertades y derechos fundamentales. En tal sentido, la seguridad ciudadana se constituye en un marco central para el desarrollo de los derechos humanos”. Ver: Comisión Andina de Juristas - Disertación a cargo de Enrique Bernal Ballesteros, “Seguridad ciudadana y gobernabilidad”, p. 106.

¹⁶⁹ Ver: Plan Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia Social 2012, p. 5 y Plan de Seguridad Ciudadana 2013 – 2018, p. 7. (resaltado nuestro)

¹⁷⁰ Ver: DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, p. 03:9.

¹⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana..., p. 01: 30.

mejorar la prevención de la criminalidad, pero, dentro de límites estrictos, que se correspondan con los postulados de respeto por los derechos humanos¹⁷².

En tal sentido, somos de la opinión de que se debe buscar la participación local y regional, de un modo coherente y conjunto, esto es, a través de la implementación de políticas de inclusión, que constituyan políticas de Estado a largo plazo y que mejoren la calidad de vida de sus ciudadanos en forma sostenible¹⁷³.

Esto último, es lo que se viene a denominar una política de seguridad ciudadana de *cohesión social*, que es distinta de aquella etiquetada como “mano dura”, que solo expresa una “huida” hacia el Derecho penal y, con ello, un interés por endurecer las penas privativas de libertad de manera asistemática o de emitir normas legislativas que restan garantías en el procesamiento de determinados delitos.

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, vale la pena precisar que aquellas acciones por parte del Estado que no se correspondan con los estándares de un Estado social y democrático de Derecho ni, por tanto, tomen en cuenta la exigencia de respeto a los derechos constitucionales que informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico¹⁷⁴ y, por el contrario, solo se muestren como un irracional recurso al sistema punitivo, no podrán ser de recibo en nuestro sistema jurídico.

Tales medidas no deben ser implementadas en nuestro ordenamiento jurídico, pues solo se configuran como un instrumento *eficaz* para aquietar a la opinión pública, vía un mensaje eminentemente simbólico, pero no solucionan problema alguno; pues, por el contrario, con su empleo, se da la espalda al estudio de las reales causas del problema criminal, produciéndose negativos efectos para los derechos de las personas a quienes se les impone.

¹⁷² PAREDES CASTAÑÓN, “La seguridad como objetivo político criminal del sistema penal”, pp. 145 – 149.

¹⁷³ DAMMERT, *Desafíos para la seguridad ciudadana y la cohesión social*, p. 10.

¹⁷⁴ STC n° 0976-2001-AA/TC. Caso: Llanos Huasco (FJ 5).

Dentro de tal marco que no se condice con los estándares de un Estado social y democrático de Derecho se halla el empleo de instrumentos que, como las comentadas “medidas de seguridad”, cumplen –desde una perspectiva material– con el carácter de verdaderas penas y, por tanto, deben sujetarse al principio de culpabilidad, pues recaen sobre sujetos imputables que ya han cumplido con el severo castigo que se les impuso y, principalmente, a que dichas “medidas” se ejecutarían en forma idéntica a la de una pena privativa de libertad.

V. Reflexión final: ¿medidas de seguridad complementarias a la pena?

La posibilidad de aplicar una “medida de seguridad” a un sujeto imputable, previa determinación de su *peligrosidad* a través de una prognosis sobre su modo de vida en el futuro, permitiría una intervención sumamente intensa por parte del Estado en aras de brindar seguridad, pese al recorte de libertades que ello supone, evidenciándose así un importante cambio respecto a la filosofía político-criminal que inspiró al legislador de 1991 consistente en *adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución*¹⁷⁵.

Dichas “medidas”, como se ha visto, rompen esquemas respecto del resto de medidas de seguridad, toda vez que no se limitarían a los sujetos inimputables o imputables relativos como correspondería a su naturaleza¹⁷⁶, sino también a individuos imputables, responsables penalmente de los hechos cometidos por los que han sido condenados al cumplimiento de una pena privativa de libertad.

A nuestro criterio, dicha posibilidad se encuentra alejada de los estándares de un Estado social y democrático de Derecho, significando, mas bien, una apuesta apresurada a favor de la adopción de *leyes de*

¹⁷⁵ Ver: Exposición de Motivos del Decreto Legislativo n° 635.

¹⁷⁶ En ese sentido: TORRES ROSELL, “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados. Contenido e implicaciones político criminales”, pp. 06: y 06:8.

emergencia sustentadas a partir del actual contexto de alarma social, lo que no solo podría generar elevadísimos costes para el sistema de garantías de nuestro Estado de Derecho, sino también el peligro de caer en un estado de “perenne emergencia”.

Advertimos que las razones expuestas para justificar la mencionada “medida” hacen de la seguridad un valor autónomo y superior a cualquier otro, lo que, como hemos tenido oportunidad de analizar, determina el surgimiento de un Derecho penal de signo autoritario, que ofende tanto los derechos fundamentales como las libertades básicas, pese a que los mismos, en los textos constitucionales de los modernos Estados de Derecho, se configuran como límites infranqueables a las posibilidades de intervención del poder punitivo del Estado¹⁷⁷.

En ese sentido, nosotros somos de la opinión, coincidiendo con el profesor SILVA SÁNCHEZ, de que la «propuesta garantista» expresa la síntesis adecuada al presente momento histórico de la evolución de las ideas penales, constituyendo la plataforma para abordar de modo realista y progresista los problemas teórico y prácticos del Derecho penal¹⁷⁸, por lo que será desde aquella perspectiva que emprenderemos el presente apartado.

Visto aquello, como un primer aspecto a tomar en cuenta, consideramos que –en un Estado social y democrático de Derecho en donde solo se ha de buscar la prevención del delito limitado a lo estrictamente necesario– no debe perderse de vista que “El Estado no tiene solo la función de proteger frente a futuros menoscabos a bienes jurídicos. A él también le corresponde el deber de respetar los derechos del individuo, también los del potencial autor. Ambos deberes, por principio, deben ser satisfechos por igual”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo...*, p. 27.

¹⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximaciones al Derecho penal...*, p.47.

¹⁷⁹ FRISCH, “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho”, p.22.

En este sentido, si bien comprendemos que el enfoque del Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE se basa en (supuestas) necesidades de prevención especial ante sujetos que han realizado hechos graves (terrorismo y abuso sexual) o que, incluso, son reincidentes o habituales en la comisión de los mismos¹⁸⁰, frente a los cuales, dada su “peligrosidad”, no sería descabellado esperar la comisión de delitos futuros, no consideramos correcto dejar de lado que tal pronóstico es incierto y que, en buena cuenta, la comisión del anterior delito solo podrá ser un valor referencial.

Así, la inseguridad de los pronósticos, como apunta ZIFFER, plantea una valla difícil de sortear de cara a la legitimación de medidas privativas de libertad basadas en la peligrosidad; el juicio o “prognosis” sobre la vida del autor en el futuro carece, ciertamente, de una fiabilidad absoluta. Por ello, es lógico sostener que “La protección de la sociedad frente a los peligros que derivan de la conducta futura de los individuos, en definitiva, se paga a un precio alto: la posibilidad de cometer un error. En toda injerencia apoyada en la peligrosidad, la perspectiva de las “víctimas potenciales” es adoptada como decisiva, y, correlativamente, se asume el riesgo de un pronóstico equivocado, es decir, que el afectado no sea peligroso y que quizá no vuelva a cometer delitos”¹⁸¹.

Ante tal situación, para la mencionada autora, lo que se podría pretender es reducir las posibilidades de juicios erróneos al mínimo posible vía la restricción de los juicios de peligrosidad a los supuestos de *inimputabilidad*, ya que en éstos, en la mayoría de los casos, cuando menos es posible invocar como fundamento legitimante adicional el propio interés del afectado y los fines terapéuticos; mientras que, en el caso de los sujetos *imputables*, resultaría inadmisibles pues a estos solo se les puede reprochar sus hechos

¹⁸⁰ Aun cuando, a nuestro criterio, la misma vigencia de tales instituciones socavan la proclama garantista que se instauró desde la promulgación del actual Código Penal, en cuya Exposición de Motivos ya se hacía especial hincapié en la inutilidad de las mismas para la consecución de los fines de preventivos.

¹⁸¹ ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, p. 299.

pasados dentro del marco del principio de culpabilidad, quedando fuera de todo reproche su “conducción de la vida”¹⁸².

De acuerdo a lo apuntado, podrá advertirse que, por ejemplo, la “medida de seguridad” alemana de *custodia* o internamiento, se configuraría como una grave injerencia en los derechos de aquel que cumplió la pena que –correctamente– se le impuso por la comisión de un ilícito. En esa línea cabría, siguiendo una vez más a ZIFFER¹⁸³, preguntar lo siguiente: *¿Cómo podría ser legítimo imponerle una medida altamente injerente a alguien que ya ha cumplido su pena adecuada a la culpabilidad y que debería haber “saldado” toda deuda con la sociedad?*

Tal interrogante cobra mayor significado si es que se asume que entre la custodia de seguridad y una “verdadera” pena no cabría mayor diferenciación, sino que ello es un *fraude de etiquetas*, expresión precisa con la que se hace referencia a la insinceridad que significa que una medida sea ejecutada en forma idéntica a la de una pena privativa de libertad, burlándose de ese modo el límite que el principio de culpabilidad le pone al Estado, en lo relacionado a sus facultades de perseguir objetivos de prevención especial (positiva y negativa)¹⁸⁴.

Señalado lo anterior, queda la impresión de que medidas como la custodia de seguridad intentan instaurarse no por ser un recurso idóneo y necesario para reprimir la comisión de ilícitos graves, sino por ser un instrumento eficaz para aquietar a la alarmada

¹⁸² ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad...*, p. 300: “Sus calidades de “autor” o su “conducción de la vida” quedarían, en principio, fuera de todo reproche, y su carácter de “hombre libre” impide, asimismo, cualquier intervención coactiva destinada a modificar su personalidad o su conducta futura. Él tiene derecho a que nada se pronostique al respecto, pues sus hechos futuros están en sus manos, y el derecho penal –penitenciario– sólo puede intentar ofrecerle caminos alternativos, respetuosos del derecho. Frente a este modelo, por cierto, prolongar la privación de libertad sobre la base de un pronóstico de conducta delictiva resultaría inadmisibles”.

¹⁸³ ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad...*, p. 301.

¹⁸⁴ Desarrolla tal perspectiva en clave informativa: ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, p. 323.

opinión pública que se encuentra temerosa de que en el futuro se cometan ilícitos graves; coyuntura frente a la cual, desde distintos sectores del poder, se oferta la “máxima seguridad” o la “seguridad cognitiva” de su evitación aun a costa de la fractura de importantes principios del Estado de Derecho (proporcionalidad, prohibición de excesos, límites máximos de la duración de las penas fijados legal u judicialmente, entre otros)¹⁸⁵ .

En este sentido, con relación al riesgo de que se vuelvan a cometer delitos contra la libertad sexual, que es uno de los delitos previstos en el Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE, HASSEMER/MUÑOZ CONDE señalan que “El riesgo de que se pueda volver a cometer el delito debe ser, por tanto, asumido como debe serlo el del homicida, narcotraficante, estafador o ladrón que salen de la cárcel tras haber cumplido su pena y puede que, con mayor probabilidad que el delincuente sexual, vuelvan a delinquir. El peligro de la reincidencia no es, pues, privativa de los delincuentes sexuales, aunque hay que reconocer que la reincidencia en ellos provoca más alarma social que en otros delincuentes”¹⁸⁶ .

Consideramos que la introducción del mencionado instrumento, consistente en la internación con fines de custodia de aquellos que, habiendo sido sancionados previamente por los delitos de terrorismo y abuso sexual, reflejen un “pronóstico grave”, así como “fundado”, de que volverán a cometerlos en el futuro, es muy similar a la custodia de seguridad planteada en un principio en Alemania, la cual al encontrarse dirigida a un sujeto peligroso, pero también *imputable*, y que, por tanto, es capaz de adaptar su comportamiento a las exigencias de la norma penal, difumina las supuestas diferencias que en tal caso puedan alegarse entre dicha “medida de seguridad” y la pena privativa de libertad, encontrándonos ante un *fraude de etiquetas*.

Debe tomarse en consideración que la naturaleza imperativa de las normas que imponen medidas de seguridad (¡a inimputables!) se

¹⁸⁵ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*, p. 379.

¹⁸⁶ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, p. 379.

plantea en términos distintos a los de la pena, pues no transmiten *normas primarias* dirigidas a los ciudadanos, ya que la peligrosidad no es una conducta que se pueda prohibir, sino un estado del sujeto en sí mismo no prohibible, de manera que los preceptos que establecen dichas medidas solamente contienen una norma dirigida al Juez ordenándole (*normas secundarias*) la imposición de una medida de seguridad ante sujetos peligrosos¹⁸⁷.

Esto resulta trascendente, pues, como se sabe, en aras a la imposición de una pena a un sujeto *imputable*, se exige no solo que el delito se encuentre específicamente tipificado, sino que el comportamiento constituya la infracción de una *norma primaria*, de manera que será incoherente e injusto de cara a una aplicación racional del Derecho, el imponer una grave restricción a la libertad de un sujeto, pese a que éste no haya quebrantado norma alguna. Más aún si se toma en consideración que, en la medida en que la pena constituye una consecuencia negativa especialmente importante, solo puede reaccionarse con esta frente a un *injusto cualificado*¹⁸⁸.

A mayor ahondamiento, cabe agregar que, como afirma SÁNCHEZ LÁZARO, “La peligrosidad, pre- o postdelictual, no basta –ni puede bastar– en un sujeto imputable, para sustentar jurídicamente este tipo de intervenciones sobre el mismo. Al menos en un Estado material de Derecho. Luego, con independencia de los elementos que la distinguen de la pena o de su acentuada finalidad preventivo-especial que aconsejan formal y materialmente su diferenciación, no puede tener otra naturaleza jurídica que la de *sanción jurídico-penal*. Por estas razones, la inclusión de la custodia de seguridad –y de cualquier otro tipo de medidas para sujetos imputables– precisa de un régimen propio (...)”¹⁸⁹.

Debe sumarse a lo expuesto el que la pena privativa de libertad en nuestro ordenamiento jurídico (art. 29 CP) resalta, en cualquiera

¹⁸⁷ Ver: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 71.

¹⁸⁸ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 205. (cursivas nuestras)

¹⁸⁹ SÁNCHEZ LÁZARO, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, p. 156.

de sus dos clases, por su extensión. La pena privativa de libertad temporal, por ejemplo, tiene una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años y se caracteriza, asimismo, por el desinterés y la improvisación coyuntural que se materializa a través de la grave situación de las cárceles peruanas (deterioro, insuficiencia de infraestructura, ausencia de tratamiento especializado, etc.)¹⁹⁰.

En atención a lo afirmado, no consideramos que sea legítimo privársele de su libertad (internación con fines de custodia) hasta por 10 años adicionales a los ya cumplidos –en las pésimas condiciones que ofrecen las cárceles peruanas– a quien ha sido condenado a una pena especialmente gravosa (20, 30 o 35 años) a partir de un juicio de “peligrosidad” que presenta serias posibilidades de error. Menos aún si el pretexto que justificaría la gravedad de tal injerencia consiste en que medidas como la custodia de seguridad no son *formalmente* penas.

Somos de la misma opinión respecto a las medidas que se introducirían, vía la modificación del art. 71 del Código Penal, en tanto se configuran como un símil de la medida post delictiva de libertad vigilada vigente en España. Ello, pues dicha medida, aunque es menos gravosa que la de internación con fines de custodia, no llega a ser necesaria dada la actual extensión de las penas previstas para los delitos de terrorismo y violación de la libertad sexual; su incorporación, ciertamente, resultaría en una afrenta tanto al principio de proporcionalidad como al de culpabilidad y configuraría el temido *fraude de etiquetas*.

Con relación a esto último, quizá el echar un vistazo a los Proyectos de Ley anteriores a la regulación de libertad vigilada en España

¹⁹⁰ Resulta ciertamente paradójico que la *crisis de la pena privativa de libertad* haya acontecido a pesar de que el origen de la misma fuese revolucionario y humanista, tornándose, en la actualidad, en un instrumento político criminal simbólicamente efectista y, como bien indica Prado Saldarriaga, cada vez más deshumanizado en su ejecución y con discursos de justificación veladamente reaccionarios. Ver: PRADO SILDARRIAGA, *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, p. 51.

refuerce nuestra posición, pues, a decir de SANZ MORÁN, en el Proyecto de reforma del Código Penal español, de enero de 2007, se añadía la *libertad vigilada* al catálogo de penas, calificándosela de *pena privativa de derechos* y limitándola a facilitar de manera efectiva y constante la localización del penado¹⁹¹.

En cuanto a su régimen de aplicación, el mencionado autor señala que “entraba en juego, por un lado, en cuanto sustitutivo de la pena de prisión (...) y, por otra parte, en cuanto «medida» a imponer, «una vez cumplida la condena» (...) «tanto a los reincidentes como a los habituales» (...). Ello lleva a añadir al catálogo de medidas no privativas de libertad (...) la libertad vigilada, pero sin introducir modificación alguna en relación al régimen general de imposición de medidas”¹⁹².

Más adelante, a través del Anteproyecto de 2008, se retoma la discusión sobre tal tema, ocupándose de manera amplia en su Exposición de Motivos sobre la *pena accesoria de libertad vigilada*,

¹⁹¹ SANZ MORÁN, “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, p. 484.

¹⁹² SANZ MORÁN, “La nueva medida de libertad vigilada...”, p. 484. Cabe precisar que, antes de ello, según apunta el citado autor, en la redacción del Informe sobre el Anteproyecto de 2006, que se traduciría en el que acabamos de comentar, el Consejo General del Poder Judicial se mostraba crítico con las previsiones establecidas en relación a la nueva pena de libertad vigilada, especialmente en lo que atañe a la confusión conceptual entre penas y medidas de seguridad que subyace a las mismas. El mencionado autor reproduce un resumen sobre el mencionado informe en el que se indica que: “El Consejo considera que la libertad vigilada presenta en el texto informado una naturaleza sumamente confusa, pues siendo formalmente una pena, se permite su aplicación –en casos de reincidencia– a tipos delictivos que no la contemplan como tal, quebrantando el marco penal establecido en la Parte Especial para ellos, y como medida de seguridad es de imposible encaje en un sistema dualista como el español, en el que las medidas de seguridad se aplican a inimputables o semiimputables relativos. Su contenido, por otra parte, es banal y de nula eficacia preventivo general o especial, por lo que como sustitutivo de la pena de prisión resulta de muy difícil asimilación. Estas razones militan a favor de su pura y simple supresión, salvo que lo que se pretenda abordar sea un reforma de amplio alcance del sistema de medidas de seguridad postdelictuales, que afecte a su propio fundamento, propósito que en modo alguno aparece anunciado en el presente texto”. [ver pie de página 4]

indicándose explícitamente su contenido y regímenes de ejecución, enmarcándosela en un contexto ya no dirigido a los reincidentes y habituales, sino a los autores de dos clases de delitos: los que afectan la libertad sexual y los relacionados con el terrorismo¹⁹³.

Sobre la base de lo expuesto, entonces, cabe destacar que en un principio la libertad vigilada era entendida como un tipo de pena y que pasó de encontrarse referida a casos de reincidencia y habitualidad a postularse su aplicación tanto para los autores de delitos que afectan la libertad sexual, como a los de terrorismo, siendo esto último muy similar a lo propuesto en nuestro país a través del Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE.

Tal posición fue objeto de críticas por parte de cierto sector de la doctrina, quienes apuntaban que, en vez de un tipo de pena, en realidad, era una medida de seguridad y que si así no lo reconocía el legislador era debido a que se aferraba al criterio establecido desde la aprobación del vigente Código Penal español en el sentido de reservar las medidas de seguridad exclusivamente para los sujetos inimputables o semiimputables¹⁹⁴; no obstante, dicho sector de opinión, sigue sin ofrecer una respuesta satisfactoria sobre cómo legitimar tales “medidas de seguridad” de manera que su imposición no levante las sospechas de constituir un *fraude de etiquetas*.

Más adelante, sin embargo, hubo un cambio decisivo realizado vía el Anteproyecto de julio de 2009, que sin haber sido objeto de nuevo Informe por parte del Consejo General del Poder Judicial de España, se convirtió en el Proyecto de 27 de noviembre de 2009, el cual incluyó a la libertad vigilada dentro del catálogo de medidas de seguridad. El profesor SANZ MORÁN, nos comenta lo siguiente sobre el contenido de la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto:

“(...) leemos que «la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de

¹⁹³ SANZ MORÁN, “La nueva medida de libertad vigilada...”, p. 486.

¹⁹⁴ SANZ MORÁN, “La nueva medida de libertad vigilada...”, p. 487.

peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiimputabilidad, como hasta ahora, sino también, cuando dicho pronóstico deriva del específico perfil de personalidad del sujeto o de la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa». Y en cuanto a la opción por una solución dualista (...) se nos dice que allí donde la pena «no resulte suficiente o adecuada para excluir un riesgo adecuado de reincidencia», descartada la opción consistente en la prolongación de la duración de aquella por chocar «obviamente con principios elementales del Derecho penal que la Constitución ampara», solo queda el recurso a las medidas: «Agotada, pues, en estos casos, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta única en la medida de seguridad»¹⁹⁵.

Recapitulando, se puede observar que dicha “medida de seguridad”, en un principio, fue gestada bajo la idea de ser una pena, idea que calzaría con el hecho de que implica, de una u otra forma, una limitación a un aspecto de la libertad de un sujeto que puede adaptar su comportamiento a las exigencias de la norma y no, como ocurren con las medidas de seguridad actualmente vigentes, de personas a quienes no se les puede hacer responsable por la realización de un injusto.

Aquello, sin embargo, no son las únicas razones por las cuales debemos manifestarnos en contra de su inclusión en nuestro sistema jurídico, son varios los motivos que pesan para adoptar tal postura, como su falta de necesidad –de cara a “garantizar” la seguridad de las personas– dada la especial extensión con la que se castigan los delitos de violación de la libertad sexual y terrorismo, lo poco acertado del juicio de prognosis y, por si fuera poco, lo ilógico de reconocer, en un mismo sujeto, su racionalidad a través de la imposición de una pena y, luego, negársela, mediante la imposición de una “medida de seguridad”.

¹⁹⁵ SANZ MORÁN, “La nueva medida de libertad vigilada...”, p. 487 y 488.

El rechazo al empleo de semejante instrumento, podría entenderse como la adhesión a una línea de pensamiento que sigue un amplio sector de la doctrina penal española, que ve en la pena y en la medida mecanismos alternativos y renuncia, por tanto –salvo en el caso de los semiimputables o imputables relativos– a establecer medidas de seguridad para sujetos imputables; en particular, para los habituales de criminalidad media o grave, postura que se denominado como “nuevo monismo”¹⁹⁶.

Por nuestro lado, consideramos que dicha posición, en definitiva, debería implicar una especial fundamentación que logre salvar las diferencias que, pese a todo, existen entre lo que es una medida de seguridad y una pena, por lo que, en este momento, no es nuestra intención adherirnos a ella.

Cabe, no obstante, hacer mención que, aunque desde una perspectiva más crítica, profesores como BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALERÉE han indicado que “(...) en los últimos tiempos se tiende a la construcción de un sistema monista con miras a una revisión progresista. Esto es, si hoy desde un punto de vista de los *finés* que ha de tener el sistema penal –en definitiva ofrecer alternativas de resolución de sus conflictos al individuo–, no hay diferencias entre penas y medidas de seguridad, y por otra parte tampoco desde el punto de vista de las *garantías* para su imposición (como límite a la afectación de los derechos del sujeto), pareciera que un sistema dualista no tiene razón de ser. Por eso resulta rechazable la acumulación de penas y medidas y también plantear fines divergentes para unas y otras y, en definitiva, seguir sosteniendo una separación en la ejecución entre ellas (...)”¹⁹⁷.

Seguidamente, los mencionados autores agregan que se ha criticado desde dos puntos de vista el sistema dualista. En primer lugar, porque si bien penas y medidas de seguridad son diferenciables

¹⁹⁶ SANZ MORÁN, “El tratamiento del...”, p. 13.

¹⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal (Vol. I)*, p. 213.

teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen la misma finalidad y contenido; asimismo, en segundo lugar, porque un sistema donde junto a la pena limitada por la culpabilidad existe otros tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios diferentes, constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado.

En resumen, refieren que “la pena ha de ser siempre una sola, no puede darse la llamada bifurcación entre penas y medidas. Otra cosa diferente es el contenido concreto de la pena o sanción, naturalmente determinada de antemano, que puede, por ejemplo, en algún supuesto plantear alternativamente un periodo de deshabitación u otro tratamiento que no podría superar el plazo previsto para la pena privativa de libertad”¹⁹⁸.

Todo esto, los lleva a concluir que, en la actualidad, si se considera la intervención punitiva desde una perspectiva político criminal, y no como algo inherente a la naturaleza de las cosas, penas y medidas solo se diferencian en que “las primeras no ofrecen cooperación alguna a la persona para resolver sus conflictos futuros, mientras que las medidas, por principio y concepto, han de tener algún tipo de ofrecimiento al respecto. De modo entonces, que los principios garantistas de penas y medidas son los mismos, la protección de bienes jurídicos, la autonomía de la persona y su indemnidad personal y, por tanto, también los presupuestos para su imposición: delito (tipicidad y antijuridicidad), *sujeto responsable* y determinación de la sanción”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de...*, p. 213.

¹⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de...*, p. 214. Lo apuntado permite a los mencionados profesores indicar que “Más aún, resulta contradictorio que a una persona exenta de responsabilidad, conforme a los números 1, 2 y 3 del art. 20 CP [español], se les pueda imponer una medida de seguridad conforme a los arts. 101 – 103 CP [español], ya que se trata de personas que no tienen responsabilidad, esto es, a quienes el Estado no está en disposición de exigir una respuesta determinada respecto de sus normas y, por tanto, mal se les podría aplicar una sanción. Sólo se podría fundamentar una reacción punitiva del estado en la peligrosidad, pero, con ello se estaría volviendo a un puro derecho penal de autor. Luego, respecto de ellas no hay sanción alguna admisible y sólo cabe, llegado

A decir de BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALERÉE, resultaría criticable, entonces, que el Código Penal mantenga antiguas tesis positivistas naturalistas y que señale que la medida de seguridad se fundamenta en la *peligrosidad criminal del sujeto*, toda vez que establecería un delito y delincuente por naturaleza: “El establecer un criterio de peligrosidad resulta inconstitucional, pues se está aplicando una sanción en razón de las características personales y no en virtud de un hecho realizado, con lo cual nuevamente se está ante un derecho penal de autor y no frente a un derecho penal del hecho”²⁰⁰.

A nuestro criterio, si bien consideramos que la posición de los profesores BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALERÉE es sumamente persuasiva y que, incluso, nos lleva a replantearnos la razón metodológica de que la evaluación del injusto sea un paso previo al examen de la imputabilidad –toda vez que para el citado autor resulta contradictorio que a una persona inimputable se les pueda imponer una medida de seguridad, ya que se trata de personas a quienes el Estado no está en disposición de exigir una respuesta determinada respecto de sus normas, por lo que las medidas a imponerse no han de ser penales– lo cierto es que su adopción supondría afrontar una reforma amplia sobre el alcance del sistema de medidas de seguridad en atención a su actual previsión normativa en nuestro Código Penal.

En otras palabras, si se ha de considerar que solo los sujetos a quienes el Estado está en disposición de exigir una respuesta determinada pueden ser merecedores de una sanción en el ámbito penal, su

el caso, si ello resulta necesario, las mismas medidas no penales que se podrían tomar respecto de una persona en esas condiciones que no ha cometido delito alguno”. (p. 214) (resaltado y cursiva nuestra)

²⁰⁰ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de...*, p. 214. Sin embargo, para el caso de los imputables relativos o de imputabilidad disminuida, sí consideran conveniente la imposición de una medida y no una pena, pues aquella ofrecería una determinada colaboración para resolver conflictos futuros a personas que pueden tener ciertos problemas agudos en el caso de un conflicto o en general en sus relaciones o comunicaciones sociales.

comportamiento, por tanto, deberá de constituir la infracción de una *norma primaria*; sin embargo, ya que a los inimputables no se les dirige norma alguna, sino que esta se encuentra dirigida al Juez ordenándole –*normas secundarias*– la imposición de una medida de seguridad por ser peligrosos, quedarían al margen del sistema penal²⁰¹, lo cual no se ajusta a nuestra realidad legislativa, teniendo que ser, en todo caso, una propuesta de *lege ferenda*.

Ahora bien, con relación al tema que nos encontramos desarrollando, es decir, el tratamiento penal del *sujeto imputable peligroso*, cabría observar que –como adelantáramos– la imposición de una pena a un sujeto *imputable* exige no solo que el delito se encuentre específicamente tipificado, sino la mencionada infracción de la *norma primaria*, pues sería incoherente imponer una restricción a la libertad de un sujeto, pese a que éste no haya quebrantado norma alguna.

En esa línea, consideramos que, en el estado actual de la doctrina y también de nuestra legislación, la pena a imponerse a un sujeto imputable es suficientemente opresiva como para pretender agravar aún más su situación sobre la base de presunciones con altos niveles de error, en claro menosprecio de mecanismos alternativos al Derecho penal o a las consecuencias que este puede contener.

²⁰¹ El profesor Silva Sánchez sostiene que, si bien la inclusión del Derecho de las medidas de seguridad en el Derecho penal (en sentido amplio) precisa de una fundamentación nada sencilla, y aun admitiendo lo polémico de la cuestión, “pesan más las razones que abogan por la permanencia de las medidas de seguridad en el Derecho “penal” en sentido amplio que las que abonarían su exclusión de éste. Frente a la opción del Derecho administrativo, las mayores garantías que resultan de la jurisdiccionalidad abogan por la permanencia en el Derecho penal. Por lo demás. No puede olvidarse que, en los casos en que procede la imposición de medidas, se ha producido la lesión de un bien jurídico-penal. Por ello, frente a la opción representada por el Derecho civil, pueden esgrimirse la economía procesal y el significado de “reafirmación objetiva” del bien lesionado que también tienen las medidas de seguridad impuestas por tribunales penales”. Ver: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximaciones al Derecho penal...*, p. 58. Cabe indicar que, sobre la base de lo expuesto, el mencionado autor indica que el reto es el mantenimiento de las medidas de seguridad en el sistema global del Derecho penal sin hacer depender su sometimiento a las garantías del Estado de Derecho de una artificiosa conversión en pseudopenas.

A nuestro criterio, se debería renunciar al *experimento* de establecer medidas de seguridad para sujetos imputables, que bien pueden ser motivados por el mandato de la norma, de manera que el “riesgo” de reincidencia debe ser asumido –como debe serlo el del homicida, narcotraficante, estafador o ladrón que salen de la cárcel tras haber cumplido su pena y puede que, con mayor probabilidad que el delincuente sexual, vuelvan a delinquir–, pues esta no es privativa de los delincuentes sexuales ni de otros sujetos peligrosos.

Esto último no debe entenderse como una apuesta por la intensificación de la respuesta estrictamente penal (la pena), sino como la búsqueda por lograr –de cara al tratamiento de los sujetos imputable peligrosos– aquello que la Comisión Andina de Juristas ha de denominado como *seguridad ciudadana democrática*²⁰², la cual destaca la importancia de que las medidas a realizarse garanticen el respeto, promoción y tutela de los derechos humanos, así como las garantías consagradas en la Constitución²⁰³.

En tal sentido, somos de la opinión de que se debe buscar la participación local y regional, de un modo coherente y conjunto, esto es, a través de la implementación de políticas de inclusión, que constituyan políticas de Estado a largo plazo y que mejoren la calidad de vida de sus ciudadanos en forma sostenible²⁰⁴. No debemos olvidar que el Estado es el primer responsable de la seguridad de todos sus habitantes; tarea que, sin embargo, debe realizarse con respeto a los derechos del individuo, incluyendo, también los del potencial autor.

²⁰² Comisión Andina de Juristas, *Seguridad ciudadana. Cambios necesarios*, pp. 36 – 69.

²⁰³ En este sentido, se resalta que uno de los elementos centrales de la seguridad ciudadana democrática consiste en que “(...) la protección de los ciudadanos debe darse dentro de un marco de respeto de la Constitución y las leyes por parte de los agentes del orden, especialmente de sus libertades y derechos fundamentales. En tal sentido, la seguridad ciudadana se constituye en un marco central para el desarrollo de los derechos humanos”. Ver: Comisión Andina de Juristas - Disertación a cargo de Enrique Bernales Ballesteros, “Seguridad ciudadana y gobernabilidad”, p. 106.

²⁰⁴ DAMMERT, *Desafíos para la seguridad ciudadana y la cohesión social*, p. 10.

Además, sin desconocer el papel tutelar del Estado, para la consecución de estándares adecuados de seguridad (que garanticen el respeto, promoción y tutela de los derechos humanos), también se puede recurrir a la sociedad civil, en la forma de ONGs o de comunidades y voluntariados, que coadyuven a la mejora de la seguridad humana, asentando esa fortaleza en redes sociales y valores compartidos.

Por otro lado, si bien es cierto que delitos como, por ejemplo, los del terrorismo se caracterizan por ser una actividad delictiva que no solo afecta a los gobiernos e instituciones democráticamente constituidas, sino que, sobre todo, afecta a cada uno de los ciudadanos (quienes se ven perjudicados por los ataques graves contra las condiciones de vida más esenciales para su desarrollo individual y social), también es verdad que su régimen (sumamente opresivo) podría ser solo un remedio temporal y no una respuesta adecuada ante el temor de reincidencia, situación que se agravaría al incluirse una “medida de seguridad” –con todas las negativas consecuencias que ello implica– tras el cumplimiento de la condena.

Con esto, no se niega que el terrorismo, en definitiva, tenga como principal característica la realización de actos criminales con el fin de crear un estado de terror en la población. Es más, pueden apuntarse adicionalmente otras características esenciales del terrorismo en el plano fenomenológico²⁰⁵:

- (i) El terrorismo tiene una finalidad política. Sea disfuncional o funcional al sistema, sea para socavar la estabilidad del régimen político imperante y promover su sustitución por otro, sea como instrumento complementario de las políticas gubernamentales de control social, aunque por medios ilegales.
- (ii) El terrorismo se basa en la violencia o en la amenaza de violencia, y se dirige, en definitiva, a un destinatario colectivo representado por la sociedad o una parte de ella, o el Estado.

²⁰⁵ CASTAÑEDA SEGOVIA, *El Delito de Terrorismo y Garantías Procesales en la Lucha Antiterrorista*, p.3.

- (iii) Provocar un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad. Se trata de imponer una determinada voluntad política a ciertos sectores de la sociedad o a toda ella para que, sobre la base del miedo, se adhiera a los propósitos unitarios de sus autores. Lo característico del terror es que no se agota en un hecho material que se ejecuta violentamente, sino que prolonga sus efectos en la conciencia de una sociedad.
- (iv) Mediante los delitos de terrorismo se intenta ante todo destruir voluntades y para ello el hecho ejecutado tiene que contar con una suficiente capacidad de trascendencia y dinamismo como para que pueda ser percibido como un hecho espectacular y llamativo.
- (v) La lógica del terrorismo reclama publicidad que es lo que contribuye a diferenciarlo de otras formas de violencia.

Dicho ilícito es evidentemente uno de los más gravemente sancionados (en los planos sustantivo, procesal y penitenciario) por corresponder a uno de los comportamientos más desvalorados socialmente. No obstante, la iniciativa planteada a través del Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE, ofrecería, a nuestro criterio, una solución artificial al proponer únicamente la inocuización por un periodo aún más extenso y no una adecuada política criminal que consiga, sin la innecesaria limitación de un aspecto de la libertad del *ex reo*, prevenir la comisión de futuros delitos.

Para nosotros, lo que se debe pretender es la consecución de una respuesta racional que, de cara a la protección de la sociedad, no incurra en una intervención desproporcionada en las libertades, sino que, por el contrario, se halle en correspondencia con los principios consagrados en la Constitución. En pocas palabras, se ha de buscar una respuesta real ante la probable comisión de ilícitos de tal entidad, lo que debe pasar por erosionar la capacidad operativa de los rezagos terroristas, objetivo que no se conseguirá con la sola inocuización o neutralización en prisión de aquellos sujetos peligrosos.

VI. A modo de conclusión

- a) La innecesaria severidad con la que reacciona el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, puede ejemplificarse a través de la incorporación de delitos que solo reflejan un mensaje simbólico, que no solucionan problema alguno o, en otros casos, ni siquiera reúnen la especial lesividad requerida para la intervención penal.
- b) Bajo la excusa de asegurar un clima de seguridad y, a partir de ello, combatir a los sujetos peligrosos (enemigos!), se ha buscado justificar la legitimidad de un “Derecho penal de la peligrosidad”, de cuyo seno surgen productos sumamente represivos que, no obstante, se postulan como cosa distinta a una pena.
- c) Las “medidas de seguridad” para sujetos imputables cumplen –desde una perspectiva material– con el carácter de verdaderas penas y, por tanto, deben sujetarse al principio de culpabilidad. Ello, pues recaen sobre sujetos imputables que ya han cumplido con el severo castigo que se les impuso y, principalmente, a que dichas “medidas”, en el caso de la custodia de seguridad, se ejecutarían en forma idéntica a la de una pena privativa de libertad.
- d) El camino más acertado, en lo relacionado a la prevención de delitos en el marco de una delincuencia individual y colectiva, debe ser la búsqueda de una respuesta real ante la inseguridad ciudadana, que no se satisfaga con la sola inculpa o neutralización en prisión de aquellos sujetos considerados peligrosos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÓCER POVIS, Eduardo. El reincidente como “enemigo”: aproximación al tema. En: *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*. Hurtado Pozo (dir.). García Caverro (coord.). Lima (Fondo editorial de la PUCP), 2009.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León (Universidad de León), 1996.
- ANDRÉS-PUEYO, Antonio. “Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico”. En: Demetrio Crespo (Dir.)/ Maroto Calatayud (Coord.) *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid (Edisofer – Editorial B de F), 2013.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. Medidas de prevención y pena de inhabilitación perpetua para condenados por delitos de terrorismo, violación sexual y TID. En: *Actualidad Jurídica*, n.º 231 (2013).
- ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*. Tesis doctoral – Universidad del País Vasco, 2011. Disponible en internet: http://www.ehu.es/argitalpenak/images/stories/tesis/Ciencias_Sociales/ARMAZA.pdf [última visita: 04.11.13]

- BENAVENTE CHORRES, Hésbert. *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano. Aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales*. Lima (Normas Legales-Gaceta Jurídica), 2011.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “La democracia como principio constitucional en América Latina”. En: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2009.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas. Tomo I. Derecho penal. Parte general*. Lima (Ara Editores), 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan /HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal (Vól. I)*, Madrid (Editorial Trotta), 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid (Trotta), 2006.
- CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo. *El Delito de Terrorismo y Garantías Procesales en la Lucha Antiterrorista*. Lima (Grijley), 2009.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Gaceta Jurídica (Lima), 2004.
- CID MOLINÉ, José. “La medida de seguridad de libertad vigilada (art. 106 CP y concordantes)”. En: Jesús-María Silva Sánchez (Dir.)/Nuria Pastor Muñoz (Coord.) *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, España (La Ley -Grupo Wolters Kluwer), 2012.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS - Disertación a cargo de Enrique Bernal Ballesteros, “Seguridad ciudadana y gobernabilidad”. En: *Seguridad ciudadana y derechos humanos*, Lima (CAJ), 1999.

- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Seguridad ciudadana. Cambios necesarios*, Lima (CAJ), 1999.
- DAMMERT, Lucia. “Desafíos para la seguridad ciudadana y la cohesión social”. Disponible en internet: http://www.urb-al3.eu/uploads/descargas/paper_Lucia_Dammert.pdf [última visita: 04.11.13]
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. “La regulación de la prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal de 2004”. En: AA. VV. *Cuestiones actuales de Derecho penal. Crisis y desafíos*, Lima (Ara Editores), 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En: *RECPC* (07-01), 2005. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> [última visita: 04.11.13]
- DÍEZ RIPOLLÉS, José. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en: *RECPC* (06-03), 2004. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> [última visita: 04.11.13]
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política penal en la encrucijada*. Buenos Aires (B de F), 2007.
- FARALDO CABANA, Patricia. “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. En: Faraldo Cabana (Dir.)/Brandaris García y Puente Aba (coords.) *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid (Trotta), 1995.

- FERRAJOLI, Luigi. “Ergastolo y derechos fundamentales”. En: *Anuario Derecho Penal 97/98. El sistema de penas del nuevo Código Penal*. Hurtado Pozo (dir.). Lima, 1999.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”. En: *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo* 16/2006 (Versión electrónica). Disponible en internet: <http://www.legis.com.pe/> [última visita 03.11.13]
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo. *Derecho Penal. Parte General*. Luis F. Niño (trad.). Bogotá (Temis), 2006.
- FIGUEROA NAVARRO, Aldo. “La involución del sistema de penas en el contexto de la politización del derecho Penal”. En: *Anuario Derecho Penal 97/98. El sistema de penas del nuevo Código Penal*. Hurtado Pozo (dir.). Lima, 1999.
- FRISCH, Wolfgang. “Delito y sistema del delito”. En: Wolter/Freund (eds.) *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Traducido por: Benlloch Petit/Pastor Muñoz/Ragués I Vallès/Robles Planas/Sánchez-Ostiz Gutierrez/Silva Sánchez, Madrid – Barcelona (Marcial Pons), 2004.
- FRISCH, Wolfgang. “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho.” En: *INDRET* (3), 2007. Disponible en internet: http://www.indret.com/pdf/450_es.pdf
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Lima (Grijley), 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy. ¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo? En: Montealegre Lynett (Coord.) *Derecho*

penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación. Tomo II, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2007.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos.* Lima (Editorial Universitaria Ramón Areces – Jurista Editores), 2009.
- GARCÍA TOMA, Víctor. “El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho”. En: Walter Gutiérrez (Dir.) *La constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país.* Tomo I, Lima (Gaceta Jurídica), 2005.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”. En: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (Coord.) *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión.* Volumen I, Montevideo-Buenos Aires (Editorial B de F Ltda.), 2006.
- GRACIA/ BOLDOVA/ ALASTUEY. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito.* 3º ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.
- HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2001.
- JAKOBS, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”. En: Montealegre Lynett (Coord.) *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación.* Tomo II, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2007.
- JAKOBS, Günther. “¿Terroristas como personas en Derecho?”. En: Cancio Meliá/Gómez- Jara Díez (Coord.) *Derecho penal del*

enemigo. El discurso penal de la exclusión. Volumen I, Montevideo-Buenos Aires (Editorial B de F Ltda.), 2006.

- JESCHECK, Hans H. y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Miguel Olmedo (trad.). Granada (Comares), 2002.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Tomo I, Navarra (Thomson Reuters), 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General. Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Lima (Gaceta Jurídica), 2004.
- LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. “Estados peligrosos y medidas de seguridad complementarias a la pena (aspectos penales, procesales y criminológicos de la nueva medida de libertad vigilada)”. En: Vastillejo (Dir.)/Sande (Coord.) *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, Madrid (La ley – Wolters Kluwer), 2012.
- MEINI, Iván. *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, Lima (Ara Editores), 2009.
- MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2da Edición, Barcelona (Bosch), 1982.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 9va edición a cargo de Gómez Martín, Montevideo-Buenos Aires (Editorial B de F Ltda.), 2011.
- MIR PUIG, Santiago. “El sistema del Derecho penal en la Europa actual”. En: Schunemann/J de Figuereido Días (Coords.) *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona (Bosch Editor), 1995.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 7º ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”. En: AA. VV. *Derecho Penal, Constitución y Derechos*. Rafael Rebollo y Fernando Tenorio (dirs.). Barcelona (Bosch), 2013.
- ORÉ SOSA, Eduardo. “El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 0014-2006-PI-TC”. En: *Jus-Constitucional*, 2 (2008).
- ORÉ SOSA, Eduardo. *Temas de derecho penal*. Lima (Reformas), 2009.
- ORÉ SOSA, Eduardo. “Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. Apropósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076”. En: *Boletín Académico del Estudio Oré Guardia* (41). Disponible en internet: <http://www.oreguardia.com.pe/index.php?mod=documento&com=seccion&id=2>
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “La seguridad como objetivo político criminal del sistema penal”. En: *EGUZKILORE* (20), 2006. Disponible en internet: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/eu/contenidos/boletin_revista/ivcke_i_eguzkilore_numero20/eu_numero20/adjuntos/10Paredes.pdf [última visita: 04.11.13]
- POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO-ORTS, Miguel “¿Medidas de seguridad “inocuidadoras” para delincuentes

peligrosos? Reflexiones sobre su discutida consitucionalidad y sobre el fundamento y clase de las medidas de seguridad”, En: *RPDJP* (2), Lima (Grijley – Instituto Peruano de Ciencias Penales), 2001.

- POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*. Lima (Grijley), 2009.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, Lima (IDEMSA), 2010.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Penas. Medidas de seguridad. Consecuencias accesorias. Reparación civil*. Lima (Gaceta Jurídica), 2000.
- RIVAS GARCÍA, Nicolás. “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”. En: Demetrio Crespo (Dir.)/Maroto Calatayud (Coord.) *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid (Edisofer – Editorial B de F), 2013.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. En: *INDRET* (4), 2007. Disponible en internet: http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf [última visita: 03.11.13]
- RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. “La reparación civil como tercera vía en el Derecho Penal”. En: AA. VV. *Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias*. Lima (San Marcos), 2003.
- RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012.

- ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia. Tomo I*. Lima (Ara Editores), 2012.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho preventivo*, Barcelona (Bosch), 1986.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I, Trad. 2da edición alemana por: Diego-Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid (Ed. Civitas), 1997.
- ROXIN, Claus. “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, *INDRET* (4), 2012. Disponible en internet: <http://www.indret.com/pdf/925..pdf> [última visita: 03.11.13]
- SÁNCHEZ MALAGA CARRILLO, Armando. “El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana”. En: *Ius et Veritas* 44/2012, Lima.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando. “Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal”, *INDRET* (3), 2013. Disponible en internet: <http://www.indret.com/pdf/987.pdf> [última visita: 04.11.13]
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando. “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”. Disponible en internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/271/261>
- SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003.
- SANZ MORÁN, Ángel José. “El tratamiento del delincuente habitual”. Disponible en internet: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_17.pdf [última visita:

18.11.13]

- SANZ MORÁN, Ángel J. “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”. En: Rebollo Vargas/Tenorio Tagle (Dir.) *Derecho penal, Constitución y Derechos*, España (Bosch Editor), 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*, 2da edición, Montevideo-Buenos Aires (Editorial B de F Ltda.), 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “¿Es la custodia de seguridad una pena?”. En *INDRET*. Disponible en internet: http://www.indret.com/pdf/editorial_02_2.pdf [última visita: 24.07.13]
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, reimpresión de la 2da edición, Montevideo-Buenos Aires (B de F Ltda.), 2006.
- TORRES ROSELL, “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados. Contenido e implicaciones político criminales”. En: *RECPC* (14-06), 2012. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-06.pdf>
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Lima (Grijley), 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. V*. Buenos Aires (Ediar), 1983.
- ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires (AD-HOC), 1996.
- ZIFFER, Patricia S. *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Buenos Aires (Hammurabi), 2008.

- ZIFFER, Patricia. Medidas de seguridad y pronósticos de peligrosidad. En: *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*. Buenos Aires, (AD-HOC), 2012.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. El principio de culpabilidad en las reformas penales. En: AA. VV. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid (Thomson-Civitas), 2005.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid (Colex), 2001.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Criminalidad organizada y Derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción”. En: AA. VV. *Cuestiones actuales de Derecho penal. Crisis y desafíos*, Lima (Ara Editores), 2008.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada (Editorial Comares), 2009.

DOCUMENTOS

- *Plan de Seguridad Ciudadana 2013 – 1018*. Disponible en internet: <http://www.mininter.gob.pe/pdfs/Plan.Nacional.Seguridad.Ciudadana.2013-2018.pdf> (última visita: 04.11.13)
- *CONASEC, Plan Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia Social 2012*. Disponible en internet: http://conasec.mininter.gob.pe/contenidos/userfiles/files/estadisticas/encuestas/PNSC_2012.pdf (última visita: 04.11.13)

- *Lima Cómo Vamos. Evaluando la gestión en Lima al 2011.* Segundo informe de resultados sobre calidad de vida - Encuesta del Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú de noviembre de 2012, p. 7. Disponible en internet: <http://www.limacomovamos.org/cm/wp-content/uploads/2012/09/SegundoInformeEvaluandoLima2011.pdf> (última visita: 04.11.13)
- Exposición de Motivos del Proyecto de Ley n° 2068/2012-PE. Disponible en internet: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf> [última visita 20.11.13]
- *Informe Defensorial N° 102. Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental.* Lima, Defensoría del Pueblo, 2005