

LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ

**LA PELIGROSIDAD
DEL IMPUTABLE
Y LA IMPUTABILIDAD
DEL PELIGROSO**

**Un estudio sobre las posibles
repercusiones jurídicas
de las relaciones entre la imputabilidad
penal y la peligrosidad criminal**

Prólogo de
Enrique Peñaranda Ramos

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	15
AGRADECIMIENTOS	21
INTRODUCCIÓN	25
CAPÍTULO I. PELIGROSIDAD Y DERECHO PENAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN	41
I. INTRODUCCIÓN.....	41
II. ¿A QUÉ EFECTOS ES RELEVANTE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL?.....	43
1. La regulación española de la materia	45
1.1. Multitud de usos.....	45
1.2. Medidas de seguridad	45
1.3. Suspensión de la pena	48
1.4. Agravación por reincidencia	54
1.5. ¿Determinación de la pena concreta?	65
1.6. Prisión provisional.....	71
1.7. Prisión permanente revisable.....	76
2. ¿Castigo de la peligrosidad?	81
2.1. La postura de Dimock	82
2.2. La postura de Morse	83
2.3. La postura de Husak.....	84
2.4. Precisiones a las tres posturas descritas.....	86
2.5. La discusión en España: la postura de Pastor Muñoz	87
2.6. Robinson: la imposibilidad de castigar el futuro.....	88
2.7. Breve excursio: el delito de autoadoctrinamiento.....	90
III. SOBRE EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD CRIMINAL.....	92
1. Peligrosidad criminal <i>vs.</i> peligrosidad social.....	92
2. Concepto «único» de peligrosidad criminal	94

	Pág.
3. Peligrosidad <i>vs.</i> riesgo.....	96
IV. MÉTODOS DE PREDICCIÓN DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL.....	97
1. Introducción.....	97
2. Método clínico <i>vs.</i> método actuarial.....	101
3. Peligrosidad y enfermedad mental	112
4. Breve excursio sobre neurociencia y predicción.....	115
V. CONCLUSIONES PARCIALES	118
CAPÍTULO II. PELIGROSIDAD Y DERECHO PENAL. PERSPECTIVA CRÍTICA.....	121
I. INTRODUCCIÓN.....	121
II. LA CARGA NORMATIVA DEL CONCEPTO DE PELIGRO.....	122
III. LA IMPUTACIÓN DEL COSTE DEL DESCONOCIMIENTO....	129
IV. FIABILIDAD EMPÍRICA VS. LÍMITES NORMATIVOS.....	131
V. PROPUESTA CONCEPTUAL.....	143
VI. ORIENTACIÓN DE LOS PRÓXIMOS CAPÍTULOS	160
VII. CONCLUSIONES PARCIALES	160
CAPÍTULO III. EL PROCESO DE ATRIBUCIÓN DE LA IMPUTABILIDAD.....	163
I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	163
1. Fundamento material de la culpabilidad.....	163
2. Desarrollo histórico del concepto «culpabilidad».....	164
3. Presupuesto/Elemento de la culpabilidad	165
4. Teoría de normas/Doctrina de la imputación	169
5. Debate sobre el libre albedrío	174
II. ¿QUÉ SIGNIFICA SER IMPUTABLE?	185
1. Proceso de comparación	189
2. Objeto de referencia.....	191
3. Propiedad comparada.....	192
4. Instrumento de medición.....	195
III. LO FÁCTICO Y LO NORMATIVO EN LA IMPUTABILIDAD...	197
IV. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN COMUNIDADES SIMPLES: LA «IMPUTABILIDAD ANIMAL»	203
1. Inimputabilidad por «menor edad».....	206
2. Inimputabilidad por «diferencias esenciales».....	207
3. Inimputabilidad por «anomalías psíquicas»	208
4. Breves conclusiones parciales	210

	Pág.
V. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD COMO SELECCIÓN DE LA DIFERENCIA	211
VI. EXCURSO: EL ELEMENTO TEMPORAL DEL JUICIO DE IMPUTABILIDAD.....	219
VII. CONCLUSIONES PARCIALES	230
CAPÍTULO IV. EL SIGNIFICADO DE LA INIMPUTABILIDAD.....	231
I. INTRODUCCIÓN.....	231
II. CUESTIÓN PRELIMINAR: PSIQUIATRÍA Y DERECHO PENAL.	232
III. CUÁNTO INDIVIDUALIZAR	240
1. Límites funcionales a la individualización.....	241
2. Límites axiológicos a la individualización.....	246
2.1. Planteamiento.....	246
2.2. El ejemplo del castigo del excluido social.....	248
2.3. Individualizar es diferenciar	262
IV. EL INIMPUTABLE COMO «ANORMAL».....	266
V. ¿EXISTE EL IMPUTABLE PELIGROSO?	282
VI. DISTINTAS FORMAS DE EXCLUSIÓN.....	299
VII. BREVE APUNTE SOBRE EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD.....	302
VIII. CONSECUENCIAS DEL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD AQUÍ DEFENDIDO PARA LOS SUJETOS PELIGROSOS	310
IX. CONCLUSIONES PARCIALES	311
CAPÍTULO V. ORIGEN Y CONCEPTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	313
I. INTRODUCCIÓN.....	313
II. JUSTIFICACIÓN DE LA PERSPECTIVA ABORDADA: ¿DERECHO COMPARADO?.....	316
III. EL ORIGEN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	318
IV. EL PAPEL DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL ESPAÑOL.....	327
V. EL DEBATE SOBRE LAS GARANTÍAS QUE DEBEN ACOMPAÑAR A LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	330
VI. PRESUPUESTOS LEGALES DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD: EL PROBLEMA DEL FUNDAMENTO... ..	333
VII. EL PRESUPUESTO DEL DELITO PREVIO.....	338
VIII. LA NECESIDAD DE UNA FUNDAMENTACIÓN ÉTICA DE LAS MEDIDAS MÁS ALLÁ DE LA UTILIDAD.....	346
IX. CONCLUSIONES PARCIALES	352

	Pág.
CAPÍTULO VI. PERSPECTIVA CRÍTICA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA SUJETOS RESPONSABLES	353
I. INTRODUCCIÓN	353
II. RAZONES DE UNA DISTINCIÓN	354
1. ¿Por qué distinguir?	355
2. ¿Cómo distinguir?	361
3. ¿A qué precio distinguir?	366
4. La construcción de instituciones jurídicas atenta a sus consecuencias	369
5. Alguna posible objeción	378
III. SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA IMPUTABLES	383
1. Principio del interés preponderante	392
2. Pérdida de inmunidad	395
3. ¿El paralelismo de la cuarentena?	404
IV. PROBLEMAS DE UNA DISTINCIÓN: LOS EJEMPLOS PARALELOS DE LA <i>SICHERUNGSVERWAHRUNG</i> Y DEL <i>CIVIL COMMITMENT</i>	411
1. La custodia de seguridad alemana	413
2. Los internamientos civiles de delincuentes peligrosos en Estados Unidos	424
3. Problemas comunes	430
V. LA LIBERTAD VIGILADA EN ESPAÑA	432
VI. EL PROBLEMA DEL DESTINATARIO DE LA SANCIÓN	439
VII. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN <i>BIS IN IDEM</i> : DE NUEVO, EL PROBLEMA DEL FUNDAMENTO	450
VIII. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO PENAL: DISTINTAS VÍAS DE «ACUMULACIÓN»	464
IX. EL AUTÉNTICO PROBLEMA: LA NECESIDAD DE UNA DOGMÁTICA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ORIENTADA A LAS GARANTÍAS	478
X. CONCLUSIONES PARCIALES	481
CONCLUSIONES	483
BIBLIOGRAFÍA	491

PRÓLOGO

La monografía que tengo el honor y el orgullo de presentar coincide sustancialmente con la tesis doctoral que, bajo mi dirección, Leopoldo Puente Rodríguez elaboró y defendió en 2020 en la Universidad Autónoma de Madrid, obteniendo, por decisión unánime de un Tribunal de excelentes especialistas, la máxima calificación de Sobresaliente cum Laude y la Mención de Doctor Internacional.

En unos tiempos en los que la necesidad de asegurar el cumplimiento de los plazos establecidos para desarrollar una investigación de estas características obliga en principio a plantearse temas mucho menos ambiciosos, su autor quiso abordar una cuestión particularmente difícil y comprometida como es la relativa a cuál habría de ser el tratamiento adecuado, de acuerdo con los principios penales y constitucionales que configuran y limitan el ejercicio del poder del Estado en el ámbito penal —y destacadamente los principios de culpabilidad y proporcionalidad—, de aquellos individuos que, siendo imputables en relación con una infracción ya cometida, muestran también un peligro de reincidir en el futuro cometiendo nuevos delitos.

Dado que conocía de primera mano las extraordinarias cualidades de Leopoldo Puente Rodríguez para la investigación jurídico-penal, pues había tenido ocasión de dirigirle ya sendos trabajos sobre el fundamento dogmático de la agravante de reincidencia (publicado en la RJUAM, núm. 26, 2012-II, pp. 183-202) y sobre la atenuante analógica de cuasi prescripción (La Ley Penal, núm. 119, 2016), con los que obtuvo, respectivamente, el Primer Premio en la segunda edición del Premio Joven Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y la máxima calificación en el Trabajo de Fin de Máster de Acceso a la Profesión de Abogado en esta misma Universidad, me pareció que estaría en condiciones de desarrollar ese exigente objeto de estudio de un modo tan solvente como original. Según podrá inmediatamente comprobar quien se adentre en la lectura de este libro, mis expectativas estaban más que justificadas.

Como se percibe desde las primeras páginas de esta monografía y señala el propio autor, el asunto que en ella se examina no es nuevo. Y tampoco es uno que hasta ahora no se hubiese tratado ampliamente en la literatura científica especializada. Es, bien al contrario, un tema sobre el que se han pronunciado

desde hace mucho tiempo los mejores penalistas y que sigue ocupando en la actualidad el centro de la discusión acerca del estado y la evolución de los sistemas penales en todo el mundo (así se documenta, por lo demás, ampliamente en la extensa bibliografía que aparece citada, con gran rigor y exactitud, en esta obra). Sin embargo —o, quizá, precisamente por ello— ni siquiera existe un mínimo grado de acuerdo acerca de cuál puede ser el tratamiento penal adecuado de la cuestión referida. Nos encontramos, por tanto, ante una investigación oportuna; o, más aún, ante una investigación necesaria para desbrozar tan importante cuestión de algunos juicios preconcebidos y malentendidos que dificultan darle una respuesta susceptible de ser generalmente compartida.

Para avanzar en el análisis de esa cuestión, el autor de este libro ha estructurado el texto en el que se plasman los resultados de su investigación en tres partes, que giran en torno a los tres elementos que componen su tema de estudio (el tratamiento penal del sujeto imputable y peligroso). Y lo ha hecho, como él mismo anuncia, siguiendo un orden inverso a aquel en el que aparecen en esa descripción de su objeto. La primera parte se dedica al análisis de la peligrosidad criminal, la segunda al estudio de la imputabilidad penal y la tercera al examen de las medidas de seguridad ya existentes o previstas hacia el futuro para responder a la peligrosidad criminal de los sujetos responsables, así como su relación con las penas que pueden ser impuestas a estos mismos sujetos. Cada una de esas partes se divide, a su vez, en dos capítulos, el primero de carácter algo más descriptivo y el segundo de un tono más crítico.

En todas y cada una de esas partes, la investigación se ha desplegado de un modo preciso, ofreciendo la información adecuada al objeto examinado en cada caso y reelaborándola de un modo tan brillante como eficaz en dirección al objetivo general planteado. A tal efecto se ha tomado en consideración la amplia literatura científica disponible, tanto en España, como en otros países, sobre la compleja temática abordada, prestando una particular atención a la doctrina alemana y angloamericana. A este respecto, cabe reseñar que, a pesar del carácter «horizontal» que (siguiendo la tipología propuesta por Sancinetti para esta clase de investigaciones) Leopoldo Puente Rodríguez atribuye muy lúcidamente a su obra, no existen lagunas significativas en la bibliografía manejada, de modo que se la puede considerar prácticamente tan exhaustiva como habría debido serlo en una investigación de tipo «vertical» sobre cada uno de los aspectos tratados en las tres partes que la componen.

Es también muy destacable el excelente uso que en esta obra se hace del Derecho comparado, evitando trasladar automáticamente, como tantas veces sucede, las soluciones adoptadas en otros ordenamientos jurídicos al nuestro, sin tomar en cuenta que aquellas dependen también de un entramado normativo muy complejo sin el cual mutarían su sentido. El mismo uso prudente y reflexivo, dos calificativos que casan muy bien con la personalidad del autor, se advierte también en relación con la aproximación histórica que hace a las instituciones examinadas, en la que en todo caso logra evitar el riesgo siempre

latente de incurrir en anacronismos. Y para concluir esta breve referencia a la metodología seguida en esta investigación, creo necesario poner asimismo de relieve que en ella las construcciones teóricas no se sostienen en el aire, como simples artificios conceptuales más o menos brillantes, sino que están siempre destinadas a elucidar los problemas planteados y a encontrar para ellos las soluciones más razonables, lo que en definitiva se plasma en la propuesta del autor de elaborar una «dogmática de las consecuencias jurídicas (pena/medida de seguridad) orientada a las garantías» del ciudadano en orden a su imposición.

Son muchas y muy valiosas las aportaciones contenidas en esta obra, que habrán de convertirla en una referencia obligada para futuras investigaciones en la materia. Y lo son tanto en lo que se refiere a cada una de las partes en que se divide, como en lo que afecta a su conjunto.

En lo relativo a la definición de la peligrosidad criminal, Leopoldo Puente Rodríguez distingue de forma muy oportuna lo que hay en ella de mera descripción y lo que tiene también de juicio adscriptivo; algo, esto último, que inadecuadamente se tiende a pasar por alto en la irreflexiva adhesión que los métodos actuariales están recibiendo actualmente también en el ámbito del Derecho penal. En relación con ello, cabe mencionar su punto de vista de que hay buenas razones para pensar que un concepto de peligrosidad criminal apto para servir de base al tratamiento jurídico-penal de un sujeto plenamente imputable ha de ser normativamente delimitado y «subjetivo», esto es, de algún modo, reconducible a factores que no escapen a su control y de los que en ese lato sentido él mismo haya de hacerse cargo; una propuesta que el autor vincula explícitamente con la preocupación que en su día manifestase mi maestro, el profesor Rodríguez Mourullo, acerca de la necesidad de dotar de un fundamento axiológico no meramente utilitario a las sanciones penales, trátense de penas o de medidas, pues unas y otras han de ser justificadas también frente al propio sujeto al que hayan de serle impuestas. Me satisface especialmente que con ello Leopoldo Puente inscriba su pensamiento en una línea que tiene para mí tan preciados antecedentes.

Especialmente brillantes y atinados me parecen los dos capítulos que en esta obra se dedican a la definición de la imputabilidad penal. En mi opinión, el autor acierta al considerar que, estando el concepto de imputabilidad sometido a una inevitable tensión entre lo fáctico y lo normativo, entre individualización y generalización, una decisión en favor de la primera opción no es, frente a lo que a primera vista podría parecer, la preferible. Leopoldo Puente explicita muy oportunamente las razones axiológicas y prudenciales, pero también sistemáticas, que obligan a proceder aquí con una mayor cautela y a sostener que «una individualización absoluta no es ni posible, ni deseable». En su punto de vista tienen un peso decisivo a este respecto, por una parte, su fundada convicción de que una reducción del ámbito de la imputabilidad no es necesariamente más favorable al individuo, pues la declaración de un sujeto como inimputable conlleva también costes sociales y jurídicos que pueden ser más gravosos

que los que traería consigo la propia declaración de responsabilidad penal; y, por otra, la acertada consideración de que una definición más amplia del concepto de imputabilidad y, por ende, del modelo de persona normal, por comparación con el cual aquel se establece, puede prevenir al Estado de incurrir en una visión perfeccionista, radicalmente iliberal, del individuo y de la sociedad.

Con todo ello enlaza de un modo muy coherente la conclusión del autor de que un sujeto puede ser simultáneamente imputable y peligroso, pues la contradicción entre ambas caracterizaciones, que algunos —entre otros, yo mismo— habíamos creído detectar, no se da propiamente en el concepto, sino más bien en el plano pragmático del tratamiento que de ambas pudiera resultar. Como Leopoldo Puente muy bien advierte, «si excluimos al peligroso del concepto de “imputable”, en este último solo nos quedaría, sensu contrario, el “inocuo”, lo que podría conducir a una concepción del destinatario de la norma no como alguien que la entiende y valora en su proceso de decisión, sino como alguien que, además, muestra una cierta predisposición a su cumplimiento y es, en este sentido, “bueno”». A su juicio, que es a partir de él ahora también el mío, «no es incompatible caracterizar a un sujeto de las dos formas (como imputable y como peligroso); lo que resulta inaceptable e inconsistente es tratar a un mismo sujeto de ambas maneras a la vez. La decisión a favor de un concreto régimen jurídico (que se dirige o bien a la dimensión racional, o bien a la dimensión de riesgo del sujeto) cerraría la puerta a la otra posibilidad. La contradicción, así, no residiría en los conceptos, sino en las consecuencias que de ellos se desprenden».

A partir de tal entendimiento construye el autor la última parte de esta monografía, dedicada precisamente a formular el tratamiento jurídico-penal que ha de corresponder al sujeto imputable y (constatadamente) peligroso, en la que confluyen los resultados de las dos anteriores.

En esta tercera parte, que se inicia con unas muy esclarecedoras consideraciones históricas sobre el debate entre el monismo y el dualismo y prosigue con un espléndido análisis comparativo de la medida alemana de la custodia de seguridad y del civil commitment norteamericano, así como de la medida española de libertad vigilada, el autor señala las razones de la semejanza estructural que, respecto de las penas, presentan las medidas de seguridad de corte inoquizador dirigidas a sujetos imputables, así como la práctica imposibilidad de escindir los fundamentos respectivos de unas y otras, destacando de un modo particularmente lúcido la confusión en la que en general se ha incurrido al entender que el fundamento de las medidas de seguridad (la razón que justifica su aplicación) es simplemente la propia peligrosidad criminal y que, por tanto, la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables e inimputables tendría exactamente la misma razón de ser.

Leopoldo Puente Rodríguez muestra de un modo brillante, en lo que se puede considerar uno de los resultados más relevantes de su investigación, que el fundamento de las tres instituciones (penas, medidas para imputables y

medidas para inimputables) precisa de algo más que de la mera invocación de su necesidad, pues ha de incluir además respecto de cada uno de ellos un componente ético inexcusable. Asimismo, muestra, a mi juicio de un modo muy convincente, que el fundamento ético específico que resulta más plausible para las medidas de seguridad destinadas a sujetos imputables (la responsabilidad, en sentido lato, del autor por el peligro que representa para los demás), las distancia fundamentalmente de las medidas aplicables a los inimputables y las aproxima en mucho mayor grado a las penas.

En sus conclusiones últimas el autor de esta excelente monografía se pronuncia en contra de entender que ambas formas de intervención sobre el sujeto imputable y peligroso, particularmente cuando tal intervención implique privación de su libertad, estén desconectadas entre sí y puedan, por tanto, sencillamente acumularse. A su juicio, el principio constitucional de proporcionalidad de la intervención no puede circunscribirse aisladamente a cada una de esas intervenciones, sino al conjunto de ellas. Aparte de ello, en su opinión, también el principio de culpabilidad constituye a ese respecto un límite que habría de ser en todo caso respetado; lo que supone, sin duda, una de las propuestas más originales y probablemente también más polémicas de esta investigación.

No es razonable que me extienda aquí sobre otros detalles de esta obra, sino que debo limitarme más bien a recomendar que sea el propio lector interesado quien los descubra por sí mismo y acceda a las finas reflexiones del autor sobre el modo en que un Derecho penal regido por esos principios puede tomar en cuenta también, sin merma de las garantías en todo caso exigibles, la peligrosidad manifestada por sujetos penalmente responsables. Al hacerlo así, comprobará la madurez que, pese a su juventud, ya ha alcanzado Leopoldo Puente Rodríguez, y permite asignarle una posición destacada en la brillante generación de penalistas a la que pertenece.

A mí solo me cumple ya reiterar mi satisfacción por la extraordinaria calidad de este libro y expresar mi ferviente deseo de que Leopoldo Puente Rodríguez pueda seguir desarrollando con la misma ambición, en absoluto reñida con su natural modestia, su decidida vocación académica. A buen seguro, de ello se beneficiará la ciencia penal española, que tiene ya en él un magnífico representante.

Madrid, 30 de julio de 2021.

Enrique PEÑARANDA RAMOS

AGRADECIMIENTOS

La obra que el lector tiene en sus manos se corresponde, en esencia, con el contenido de la tesis doctoral que defendí en la Universidad Autónoma de Madrid el 10 de julio de 2020 y que llevaba por título: *Tratamiento penal del individuo imputable peligroso*. No obstante, su contenido se ha visto modificado en alguna medida e, incluso, frente a los buenos consejos que se me dieron al respecto, se trata ahora de un texto más extenso que el que fue defendido en su día. Las referencias bibliográficas se han completado y algunas ideas accesorias han sido desarrolladas en mayor profundidad. Estos cambios obedecen, en buena medida, a los comentarios y observaciones formulados por el tribunal que valoró, para honor mío, mi tesis doctoral. Tal tribunal estuvo compuesto por los profesores Gonzalo Rodríguez Mourullo, Jesús-María Silva Sánchez, Fernando Molina Fernández y Luís Greco y por la profesora Lucía Martínez Garay. A todos ellos quiero transmitirles una vez más mi inmenso agradecimiento. También quiero reflejar un agradecimiento especial a las profesoras Pilar Otero González y María Martín Lorenzo, que accedieron a formar parte del tribunal si hubiera sido preciso. Contar con ellas hubiera supuesto igualmente un profundo honor.

Este texto quedó definitivamente cerrado a finales del año 2020, lo que explica que las publicaciones posteriores no se encuentren referenciadas en él.

El género literario de los «agradecimientos», si es que así puede llamarse, es paradójicamente muy poco agradecido. He perdido la cuenta de las veces que he reescrito estas líneas y llego ya a la convicción de que necesitaría más páginas para reflejar de modo aproximado mis deudas de gratitud que las que he precisado para abordar el tema que titula esta obra. Por fortuna, como he creído siempre, y en clara sintonía con el contenido de esta monografía, las palabras tienen un valor limitado y son los hechos los que expresan del modo más sincero las intenciones y pensamientos de cada uno. Prometo, pues, dedicar los próximos años a pagar (mejor sería decir «reducir») las deudas que tengo con tantos con acciones, no con palabras.

Pese a todo, si no hiciera un insufrible esfuerzo de síntesis y expresara por escrito algunos agradecimientos, estas páginas serían tan poco convencionales como extravagantes. Por ello, procederé brevemente a manifestar algunas de mis múltiples deudas.

En primer lugar, debo un agradecimiento sincero a buena parte del profesorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid que hace que, pese a todas las dificultades, sea uno de los mejores mundos posibles, quizá el mejor. Un entorno en el que vale la pena estar.

En segundo lugar, gran parte de este trabajo bebe de la reflexión colectiva que tiene lugar en el Área de Derecho Penal de la UAM. Todos los profesores y profesoras que pertenecen a ella han hecho que este trabajo sea, de uno u otro modo, mejor. No soy más que un (defectuoso) catalizador del estimulante ambiente intelectual que allí se respira. Y, lo que en lo personal es más importante, han hecho que sea un verdadero placer trabajar allí, pudiendo aprender de ellos (desde los más experimentados a los más jóvenes). Por ello, les estoy hondamente agradecido a todos. Les agradezco el hacer de cada día uno divertido y estimulante. Aunque con todos estoy en deuda, quiero agradecer expresamente su especial afecto y apoyo todo este tiempo a Laura Pozuelo, Mario Maraver, Gonzalo Basso, David Gallego, Rut Lopera y Nicolás Cantard. Y quiero también dejar constancia aquí de lo mucho que me apenará no poder entregar un ejemplar de este trabajo al profesor Agustín Jorge Barreiro, que tanto interés por él mostró y al que yo, como muchos otros, tanto debo y no podré pagar.

Muchas personas han contribuido también a que esta fase de mi vida haya sido especialmente agradable. En particular quisiera destacar a muchos de los amigos que encontré en mi última estancia en Friburgo (Oriol Martínez, Eva Gimbernat, Elena Gutiérrez, Francisco de la Fuente, Raquel Borges, Ana Carrillo e Ivó Coca) y a la profesora Teresa Manso, que tan amablemente me acogió allí. Por otro lado, he tenido la fortuna también de compartir tiempo con personas que, por diversas razones, han estado en algún momento en el Área de Penal de la UAM, como Camila Correa, Annalisa Lucifora, Juan Pablo Mañalich, Fernando Londoño, Albert Estrada, Diego González, Vicente Valiente, Carlos Castellví o Alejandro Turienzo o que están siempre cerca de ella (en lo geográfico y lo afectivo), como Sabela Oubiña, que han ampliado enormemente los márgenes de mi curiosidad, formación y alegría.

Daniel Rodríguez Horcajo, Marionna Llobet y Marta Pantaleón ocupan, no puede ser de otro modo, un lugar muy especial en estas páginas y en mi vida (académica y personal). Decía hace un momento que necesitaría mucho espacio para dar buena cuenta de mis deudas y agradecimientos. A cada uno de ellos casi les dedicaría una novela, pero como no he sido agraciado con el talento de la escritura, mejor será, simplemente, que me den tiempo, insisto, para expresarlo con hechos y no con palabras. Espero tener un buen puñado de décadas junto a ellos para poder hacerlo. Sin ellos este camino hubiera sido otro muy distinto, uno mucho menos agradable y feliz. Ojalá el viaje sea largo.

El profesor Enrique Peñaranda, mi maestro, es uno de mis mayores acreedores. Sin embargo, tengo la certeza de que jamás me dejará disminuir

mi deuda más allá de lo que me permita tener una conciencia razonablemente tranquila. Su generosidad, lo sabe cualquiera que le conozca, resulta, sencillamente, abrumadora. Le debo mi vocación universitaria y horas y horas y horas en las que he tenido el placer de aprender de él, escucharle y discutir con él. Enrique Peñaranda es, para mí y para muchos, una referencia. Pero no solo una referencia intelectual, que ya es mucho, sino también una en lo personal y en lo universitario. Si la Universidad es lo que es, se debe a que un pequeño puñado de personas pelean día a día para que no se deteriore. Que tras ello quede energía y disposición para todo lo demás es envidiable. Es (ha sido y será) un honor compartir con él la vida universitaria. Le agradezco su tiempo, su apoyo, su afecto, su inteligencia y su humanidad.

Por último, quería dar las gracias a mis hermanos (Covadonga y Alberto), a mis padres (Leopoldo y Ana) y a mi pareja (Marta). Ellos han estado antes, durante y después de todo esto y me han enseñado mucho de muchas cosas (entre ellas Derecho penal, pero también otras más importantes). En el curso de la defensa de mi tesis, en un momento quizá excesivamente melodramático, llegué a decir que «el problema de la identidad me atormenta». Esto me valió más de una broma. Sin embargo, es cierto. Y la verdad es que creo que, por fortuna, la mayor parte de mi identidad son pedacitos de ellos (y, en cierta medida, también de algunos otros mencionados en estas páginas), que han ido incrustándose en mi estructura ósea. Como todo el mundo, no soy más que un conjunto de causas y azares. Ellos son mis (felices) causas y azares.

Continuará...

INTRODUCCIÓN

Decir que el Derecho penal vive tiempos de cambio es hoy una afirmación indiscutida y también, por cierto, una aseveración válida para cualquier momento a lo largo de los dos últimos siglos¹. Todo cambio social significativo repercute inevitablemente en el Derecho penal, sus límites, fundamentos y objetivos. Son muchas las transformaciones estructurales que de forma reciente ha experimentado este sector del ordenamiento jurídico y muchos, también, los trabajos que, en los últimos tiempos, se han ocupado de manera original de ellas con un acierto y una profundidad que no se perseguirán en estas breves páginas introductorias². La aparición de nuevos riesgos, el surgimiento de nuevos «bienes jurídicos», la emergencia de nuevas formas de intervención, la flexibilización de los tradicionales principios y garantías penales, la europeización (y, más genéricamente, internacionalización) de sus fuentes, etc., han demandado importantes esfuerzos de la doctrina para tratar de ordenar y dar sentido a estos cambios. Junto a estas alteraciones de carácter más bien estructural han aparecido otras muchas en lo que a la política criminal se refiere. Así, no es extraño oír hablar continuamente en estos tiempos del denostado «Derecho penal simbólico» o del «populismo punitivo»³.

En el caso español, la monografía de Silva Sánchez *La expansión del Derecho penal* introdujo, con su primera edición en el año 1999, un debate al que seguirían más tarde un buen número de artículos y trabajos monográfi-

¹ O, dicho en mejores palabras de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed., BdeF, Buenos Aires, 2012, p. 3, «[e]n nuestros días, se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en “crisis” [...]. [L]a crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho».

² Muchos de estos trabajos se encuentran referidos en las notas de esta introducción, por lo que en aras a la brevedad nos remitimos a ellos.

³ Una apretada (pero ilustrativa) síntesis de la definición de estos conceptos y su forma de relacionarse entre sí se puede encontrar en CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 90 y ss. En particular sobre el «populismo punitivo» y el papel que en él desempeñan los medios de comunicación, *vid.* POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 33 y ss., y, especialmente, pp. 86 y ss.

cos. Se indicaba ya entonces que, por razones varias, el Derecho penal estaba ensanchando su ámbito de actuación hasta límites desconocidos⁴. A esta monografía, de indudable éxito y repercusión, se le reprochó, entre otras cosas, no poner el acento suficientemente en la intensificación de la respuesta penal frente al tradicional destinatario de la misma: el excluido⁵. En alguna medida, esta crítica fue excesiva por cuanto censuraba al autor por lo que no hacía o, parecía sugerirse, por lo que decía con el propósito de esconder lo que callaba. Es este un juicio de intenciones que, sin embargo, no nos encontramos en disposición de hacer⁶.

⁴ Así, tomando como referencia ahora la última de las ediciones (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2011), se pone de relieve la profunda modificación que vive el Derecho penal. Esta no tendría su origen en «la superestructura jurídico-política», sino en una serie de factores «que hunden sus raíces en el modelo social» que se ha configurado a lo largo de las últimas décadas (p. 7). Entre otras causas se señala la emergencia de nuevos intereses, la percepción de nuevos riesgos, la generalización de la sensación de inseguridad o el descrédito en el que otras instancias de protección y control social se ven envueltas (pp. 11 y ss.). Todo esto daría lugar a una «administrativización» del Derecho penal, que supondría un ensanchamiento de su ámbito de actuación y una dilución de sus «tradicionales» garantías y reglas de imputación (pp. 131 y ss.).

⁵ En este punto resulta especialmente clara la rotunda crítica de Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 6, 2004, p. 7, cuando defiende que «[r]esulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida “expansión del Derecho penal” no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes aflictivos. Ello se pretende legitimar mediante la contrapartida de un incremento de la efectividad del derecho penal en ese ámbito, a lograr mediante una disminución de las garantías penales, nunca suficientemente concretada, tampoco justificada y mucho menos creíble». En la séptima nota (misma página) atribuye ese preciso defecto a la tesis de Silva Sánchez a la que reconoce, pese a todo, haber tratado de prestar atención al recrudescimiento de la respuesta penal frente al marginado (aunque, sostiene el autor citado, de forma incorrecta por tratar de explicar de forma unitaria dos fenómenos distintos). Incide en esta idea después en la nota 42, p. 25. En este sentido, Díez Ripollés, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Nuevo Foro Penal*, núm. 69, 2006, pp. 212 y ss., ha insistido mucho en la necesidad de diferenciar nítidamente entre distintas clases de riesgos. De este modo, ha sostenido que «[e]quiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos. Los peligros que conlleva esa disposición a trasladar conceptos de un contexto a otro explican igualmente la ausencia de deslinde suficiente entre lo que es una criminalidad organizada llevada a cabo por bandas profesionalizadas de extranjeros y la criminalidad de inmigrantes derivada de su inestabilidad social y económica» (pp. 212 y ss.); algo que lo lleva a considerar que «el concepto de “expansión” deja ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales pasan a ocupar, dentro del *nuevo concepto de expansión*, un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente» (p. 215).

⁶ Lo cierto es, no obstante, que, algún autor, en concreto Sgubbi, había llegado algunos años antes precisamente al extremo que a Silva Sánchez se le criticaba. Así, este autor mantuvo (de

Mendoza Buergo, muy poco después, contribuyó de forma muy relevante al debate en parecidos términos a los de Silva Sánchez⁷. Una nota discordante la introdujo por primera vez, hasta donde se nos alcanza, Gracia Martín, que puso en duda lo injustificado de esta expansión⁸.

forma claramente excesiva) que el Derecho penal había experimentado un tránsito en el que había traspasado la carga del «mayor riesgo penal» de las «clases bajas» a las «clases altas». *Vid.*, a este respecto, SGUIBBI, F., *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 113 y ss. De manera especialmente clara sostiene que el Derecho penal actual, como se predica del tributario, responde a un criterio de progresividad (p. 114) y llega a defender que «el riesgo penal es mínimo para los sujetos que están al margen del consorcio social, para los “diversos”, para aquellos que están en la periferia o, aún más, “fuera” del espacio social organizado» (p. 123). Lo que, sin embargo, sí tiene de valioso la contribución de Sgubbi es que pone de relieve algo probablemente cierto: que la clase media suele ser la que menor riesgo penal tiene sobre la cabeza, algo que puede obedecer a la lógica represiva de las mayorías; en definitiva, algo que responde a la idea básica de que la mayoría regula para los otros, de que las mayorías (clases medias) criminalizan más los comportamientos que se dan con mayor frecuencia en minorías (en peor o mejor situación que las propias mayorías) que en ellas mismas. Esto, por otra parte, es algo que cuenta con una explicación sencilla y es que, siguiendo a CHRISTIE, N., *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 68, «[u]n principio básico del control social es que los que tienen mucho y los que no tienen nada son los dos extremos más difíciles de gobernar. Esto es así porque los que tienen mucho también tienen mucho poder y los otros, al no tener nada, no tienen nada que perder».

⁷ MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001. Sostiene la citada autora que las nuevas demandas de seguridad (fruto de importantes cambios sociales) no podrían ser debidamente canalizadas a través del Derecho penal liberal (p. 48), lo que habría conducido a una serie de importantes cambios como la creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales (pp. 68 y ss.), la proliferación de los delitos de peligro (pp. 78 y ss.) y la puesta en tensión de importantes principios penales de carácter material y procesal (pp. 92 y ss.). Todo ello, en opinión de la autora, habría llevado a una «crisis profunda [...] del modelo de intervención penal» (p. 155). Este planteamiento permitirá a la autora considerar de forma expresa que se encuentra «sustancialmente» de acuerdo con las críticas manifestadas al respecto por Silva Sánchez (p. 181), aunque no con sus propuestas de solución (p. 184). Con ello, concluirá que «resulta mucho más importante respetar la *identidad* del Derecho penal en su carácter de *ultima ratio*, observando estrictamente los principios que fundamentan la intervención penal, de manera que se asegure la *seriedad* de la conminación penal —lo cual redundará finalmente en su mayor eficacia—, que acabar desnaturalizando el instrumento penal en el intento de abarcar de modo más eficaz ámbitos y funciones que se ve forzado a asumir, influido por presiones coyunturales de diverso tipo» (p. 186).

⁸ Así lo hizo de forma extremadamente provocativa en GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *passim*, donde se manifestó de forma muy crítica y rotunda frente a lo que denomina «discurso de resistencia a la modernización», discurso que consideraba «preocupante no solo por su carácter ultraliberal y reaccionario, sino sobre todo por su capacidad de persuasión incluso en sectores progresistas de nuestro pensamiento jurídico penal» (p. 21). Es este un planteamiento que considera rechazable entre otros muchos (muchísimos) motivos por ser inaceptable desde una perspectiva histórico-material (p. 37). Así, el citado autor llega a sostener que «los enunciados contra la modernización son, sin la menor duda, y en su totalidad, productos de una crítica que arranca de una situación inicial gravemente hipotecada por los anteriores, y que se desarrolla de modo completamente tautológico y circular mediante afirmaciones no demostradas que, además, quebrantan de modo grave elementales leyes relativas a la formación de los juicios de la razón» (p. 165). Frente a ello, y en el entendido de que el Derecho penal clásico (o liberal) no puede ser el objetivo al que dirigirse (p. 50), sostiene que «el Derecho penal moderno es uno en todo conforme con las exigencias del Estado de Derecho, pero además [...] esta

La consagración de esta discusión generó que, por efecto acumulativo, lo que a ninguno de estos autores era reprochable individualmente fuera censurable de la disputa en su conjunto: que se minimizara el papel que las nuevas tendencias tenían de cara a la represión del «desfavorecido»; una represión que, al margen de pronunciamientos doctrinales marginales, permanecía sin respuesta académica. Esta llegó, de algún modo, de la mano del trabajo de Brandariz García, cuando de forma muy interesante combinó estos cambios estructurales con la dirección de recrudescimiento punitivo que se experimentaba en las últimas décadas ofreciendo una convincente y sistemática explicación. No se trataría ya de un mero «populismo punitivo» (que también), sino de una tendencia con causas más profundas⁹. De esta manera se sentaban, a nuestro juicio, las bases del problema que aquí se enfrenta: la cuestión en el plano ideológico y la cuestión en el plano material.

De la mezcla de ambas corrientes de cambios emerge el problema que será abordado en este trabajo: el tratamiento del individuo imputable peligroso¹⁰. Surge (o, quizá mejor, resurge) de una y otra clase de tendencias

conformidad se realiza en un grado tan *absoluto* que la misma no admite ni excepciones ni una mínima relativización» (p. 156). De manera coherente sostendrá, entonces, que la modernización debe seguir avanzando (pp. 163 y ss.) y que esto es una exigencia ética (p. 189), que conducirá, además, a mayores garantías, pues aquellas garantías formales de origen liberal se verán complementadas (¿quizá mejor «sustituídas»?) por garantías de carácter material inspiradas en el Estado Social de Derecho (pp. 212 y ss.). En una línea compatible, aunque, por supuesto, con muchas divergencias en los planteamientos teóricos, se ha manifestado, entre otros, POZUELO PÉREZ, L., «De nuevo sobre la denominada “expansión” del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos», en MONTEALEGRE LYNETT, E. (dir.), *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. Esta autora, con el propósito confeso de relativizar algunas de las críticas dirigidas a la expansión (p. 109), reseña el componente ideológico (político-criminal) que preside la discusión, aunque en ocasiones lo haga de modo soterrado (pp. 117 y 122). Incide, además, en la necesidad de no desarrollar toda esta discusión en abstracto, sino en descender a supuestos concretos (p. 132) para terminar por concluir que «las distintas posturas en torno a si el derecho penal debe intervenir o no en determinados ámbitos no hacen sino reflejar diferentes maneras de entender el Estado y sus estrategias de intervención. Y, en la medida en la que en todo momento dichos modelos de intervención se mantienen dentro del marco constitucional, estamos, en definitiva, tan solo ante una cuestión de opciones políticas» (p. 133). En un sentido próximo, en particular en lo relativo al Derecho penal económico, *vid.* también MARTÍNEZ BUJÁN, C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones del Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, *passim*.

⁹ BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016, *passim*. SINGELNSTEIN, T. y STOLLE, P., *Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert*, 3.^a ed., VS, Heidelberg, 2012, p. 46, han destacado también la manera en que han confluído en esta misma dirección tanto las perspectivas morales conservadoras como la ideología neoliberal.

¹⁰ Nos referimos ahora deliberadamente a «individuo» frente a «sujeto», dado que, habitualmente, el concepto de «sujeto» acarrea un estatus jurídico del que el «individuo» carece. En todo caso, a lo largo de la investigación que sigue se emplearán estos indistintamente. Es cierto que ello supone una renuncia a una precisa delimitación conceptual. Sin embargo, para hacer

evolutivas porque, por un lado, su caracterización como problema y la difuminación de los límites con los que tradicionalmente era abordado como tal se encuentran en estrecha vinculación con las nuevas tendencias político-criminales y, por otro lado, la aparición de nuevas formas de intervención frente a él responde a un desarrollo estrictamente material/tecnológico. El nivel de tolerancia de la sociedad actual frente a nuevos y viejos riesgos se ve profundamente trastocado y esta demanda nuevas formas de intervención estatal para hacer frente a los mismos. Se asiste, así, a un «avance preocupante del Derecho penal de la peligrosidad»¹¹.

Como consecuencia de este nuevo enfoque de la cuestión de la política criminal comienzan a aparecer multitud de investigaciones que, con carácter más o menos crítico, pretenden dar cuenta de los cambios que se están produciendo. De este modo, un debate que comenzó centrado en cómo el Derecho penal se dirigía novedosamente frente a las «clases poderosas» se reorienta poniendo el acento sobre su relación con el sujeto excluido y el peligroso¹². Así, la crítica que se hiciera a la discusión originaria deja de tener en verdad sentido, pues el objeto de estudio que entonces se consideraba puramente accesorio pasa a desempeñar un papel central en la disputa doctrinal. Ello es así hasta el punto de que, en la actualidad, probablemente no sería arriesgado sostener que la cuestión que más interés suscita acerca de las nuevas tendencias político-criminales es precisamente esta¹³. Es toda

la lectura lo más fluida y menos repetitiva posible se considerarán en lo que sigue conceptos intercambiables.

¹¹ GARCÍA ARÁN, M., «¿Penas o medidas? Del garantismo a la confusión», en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I. y RÍOS CORBACHO, J. M. (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 394.

¹² *Vid.*, para un interesante planteamiento de la cuestión, PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 34 y ss.

¹³ De forma general, *vid.* JORGE BARREIRO, Ag., «Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el derecho penal español y en el derecho comparado», *Libertas*, núm. 0, 2012, pp. 178 y ss.; MARAVER GÓMEZ, M., «Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015, *passim*; PÉREZ CEPEDA, A. I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, *passim*, resaltando, en todo caso, la función de exclusión que esta nueva forma de concebir el Derecho penal desempeña (p. 53). En particular, sobre la discusión relativa al llamado «Derecho penal del enemigo», *vid.* CANCIO MELIÁ, C., «¿“Derecho penal” del enemigo?», pp. 110 y ss. (en el plano descriptivo) y 124 y ss. (en el plano crítico) y, acerca de su conexión con la regulación penal del terrorismo, *vid.* LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 235 y ss. El debate acerca de esta tendencia penal ha generado una bibliografía inagotable (y, por momentos, agotadora). Además, como ha señalado GRECO, L., *Feindstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 11 y ss., esta discusión no es solo hoy en día inabarcable, sino que además se encuentra impregnada por una importante «carga emocional» que distorsiona de manera lamentable la polémica académica. A ello, siguiendo

esta una discusión, por supuesto, que trasciende nuestras fronteras y que, con las particularidades de cada ordenamiento, se está reproduciendo con una intensidad similar en países de nuestro entorno¹⁴.

La evolución del tratamiento jurídico-penal del individuo imputable peligroso es, como decíamos, buena muestra de estos cambios de tendencia¹⁵. De hecho, es sencillo apreciar cómo desde la aparición del vigente Código Penal español en 1995 hasta la actualidad el abordaje penal de esta cuestión

de nuevo al autor brasileño, se suma que esta misma discusión se encuentra emponzoñada por la falta de claridad conceptual (p. 49). Habría, al menos, tres formas de entender a qué nos referimos cuando hablamos de Derecho penal del enemigo y estas tres opciones podrían merecer un juicio diferente: Derecho penal del enemigo como concepto legitimador, como concepto crítico o como mera descripción (p. 50). En todo caso, en opinión del autor citado, ninguno de ellos sería verdaderamente útil, dejando al margen los problemas de legitimidad que alguno presenta (p. 60). Por otra parte, sobre la efectiva contaminación del modelo de «Derecho penal del ciudadano» por el «Derecho penal del enemigo», *vid.* PORTILLA CONTRERAS, G., «Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal», en PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, p. 71. Para una profundización en la materia, resulta ineludible CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Buenos Aires, 2006 (dos volúmenes).

¹⁴ Aunque de nuevo aquí la bibliografía resulta inagotable, seguramente no sería injusto destacar sobre el resto de trabajos los de GARLAND, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, University of Chicago Press, Chicago, 2001, y HUSAK, D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, especialmente centrados en el entorno angloamericano. El primero ofrece una perspectiva de análisis de corte sociológico-criminológico y el segundo una más de corte dogmático-filosófico. Ambos, en buena medida, constituyen el marco teórico en el que el resto de investigaciones se han desarrollado recientemente, profundizando en las distintas cuestiones. Así, el primero de los trabajos tuvo como principal mérito no tanto el de identificar los cambios del naciente modelo político-criminal que comenzaba a surgir, algo que en alguna medida ya se había hecho, sino el de ofrecer una descripción del conjunto de todos estos nuevos elementos y sus causas (p. 20). De este modo, se describe cómo desde un Derecho penal más tradicional y humanitario, orientado a la resocialización, se emprende un camino hacia un nuevo modelo basado en una idea de control más difusa y descentralizada (especialmente, pp. 53 y ss. y 167 y ss.). Esta evolución tendría su origen no solo en nuevas convicciones ideológico-criminológicas, sino en los profundos cambios sociales y económicos de Estados Unidos y Reino Unido en el último cuarto del siglo XX (p. 75). La segunda de las monografías, por su parte, reconociendo como punto de partida un innegable exceso de castigo y de criminalización en Estados Unidos (p. 4), que no dependería especialmente, además, de la distinta orientación política del legislador de turno (p. 17), propone una serie de criterios normativos dirigidos a reducir la proliferación de nuevos tipos penales (pp. 55 y ss.). Todo ello, en el sensato reconocimiento de que el exceso de castigo y criminalización no es algo que dependa solo del legislador, pues, como explica, de la lectura de un Código Penal cualquiera no se puede hacer una inferencia razonable del número de presos que hay en un país: el papel de agentes penales como la policía o la Fiscalía resulta esencial (pp. 19 y ss.). Pero lo cierto es que existen determinadas formas de tipificación especialmente propensas al abuso (p. 31). Estas formas de tipificación en auge serían los delitos de peligro (*crimes of risk prevention*), los delitos accesorios (*ancillary offenses*) y los delitos superpuestos (*overlapping offenses*) (pp. 36 y ss.).

¹⁵ Esta evolución probablemente responda en el ámbito occidental al impulso político-criminal estadounidense. Pero conviene no perder de vista, como señala HARCOURT, B. E., «Neoliberal penalty. A brief genealogy», *Theoretical Criminology*, vol. 14, 2010, p. 75, que no todos los desarrollos de esta tendencia han nacido en dicho país y tampoco solo en el entorno anglosajón.

(con una cada vez mayor intensificación en la respuesta) ha presidido las más importantes reformas del texto original¹⁶. De manera muy resumida, cabe evidenciar, como mero botón de muestra, la inclusión en 2003 de la idea de «cumplimiento íntegro de las penas» o la circunstancia agravante de multirreincidencia, en 2010 de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos plenamente responsables y en 2015 la aparición en el Código de la prisión permanente revisable. Junto a esto, el incremento de penas, la tipificación de nuevas figuras delictivas que adelantan la barrera de protección y la reducción de beneficios penitenciarios muestran un cambio de orientación del sistema; cambio que creemos bien resumido por Acale Sánchez cuando expresa que la resocialización deja de ser concebida como un derecho del preso para ser entendida como un deber de este¹⁷. Robles Planas expresa esta idea de forma igualmente certera cuando defiende que «puede afirmarse que la rudimentaria noción de la peligrosidad criminal (y de los inseguros criterios para su determinación individual) se ha quedado anticuada para fundamentar la reacción penal. Más bien la tendencia parece ser la de que solo la *garantía de no peligrosidad* impide la intervención coactiva»¹⁸.

Esta serie de tendencias es, sin duda, merecedora de un profundo estudio desde la perspectiva político-criminal, pero no será este el enfoque aquí adoptado. El presente trabajo tratará, por el contrario, de comprobar cómo encaja esta tendencia (si es que efectivamente lo hace) en distintas categorías jurídicas (esencialmente principios y elementos de la teoría jurídica del delito). No se tratará, en definitiva, de profundizar en cómo se está operando recientemente en materia penal, sino solo de examinar si aquello que como Estado estamos de hecho haciendo puede ser justificado en términos jurídicos (y, a la postre, éticos). El objetivo de las páginas que a continuación se ofrecen no será entonces descriptivo, sino fundamentalmente prescriptivo;

¹⁶ Sobre esto, *vid.*, en particular, ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 85 y ss. y 218 y ss. Parece que tiene razón MAQUEDA ABREU, M. L., «La criminalización del espacio público», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, 2015, p. 2, cuando sostiene, bien es cierto que desde una perspectiva algo más amplia, que «[e]l siglo XXI se ha propuesto compensar con creces el retraso que nuestro país había experimentado en los diseños de una política criminal securitaria. Mientras buena parte de los estados europeos occidentales, siguiendo la avanzadilla de Estados Unidos, celebraban la entrada en la posmodernidad con la instauración de leyes y prácticas crecientemente represivas, el Estado español se distinguía por una relativa pasividad en la guerra contra la desviación y la delincuencia».

¹⁷ Señala concretamente ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva*, p. 25, que «se puede haber dado ya el paso para considerar que la reinserción, de *puro derecho*, ha pasado a convertirse en mera *obligación* que contrae el delincuente con el Estado a través de la comisión del delito».

¹⁸ ROBLES PLANAS, R., «*Sexual predators*. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret*, núm. 4, 2007, p. 15.

lo que no resulta óbice, lógicamente, para que se deban llevar a cabo esfuerzos puntuales que, con propósito explicativo, traten de mostrar el panorama tal y como es.

Probablemente habrá quien considere ya de entrada esta perspectiva errada. Se podría pensar que no son estas las «gafas» con las que se ha de analizar esta realidad cambiante. Se sostendría, así, que lo que están cambiando son precisamente los fundamentos y límites del sistema y que, por tanto, de lo que se trata es de ver cuál es su nueva configuración, no si el tratamiento al imputable peligroso encaja en la forma en que estos venían siendo tradicionalmente entendidos¹⁹. Sin embargo, hacerlo constituye, en nuestra opinión, una primera (e indebida) claudicación. Por un lado, porque todavía hay razones (en realidad, las que siempre ha habido) para mantener la plena vigencia de algunos de los «viejos principios» (el de culpabilidad y el de proporcionalidad, paradigmáticamente). Por otro lado, porque, aunque algunas de estas razones se hubieran «perdido por el camino», por suerte o por desgracia buena parte de estos principios fueron constitucionalizados y es preciso lidiar con esta cuestión, no precisamente menor.

Por otra parte, aunque no se abordarán profusamente, varias de las cuestiones político-criminales que han sido esbozadas aparecerán puntualmente a lo largo de la investigación. Esto no debería sorprender en la medida en que principios penales, dogmática penal y política criminal se complementan de tal forma que hacen difícil (y contraproducente) una separación tajante²⁰. Los unos no se entienden sin los otros. Los principios contribuyen a fundamentar y a limitar unas categorías jurídicas que surgen, como los propios principios, como una concreta plasmación de una determinada política criminal. En todo caso, para una mejor comprensión de las páginas que siguen, es preciso apuntar ya unas pocas cuestiones que de forma latente o expresa aflorarán a lo largo del trabajo.

Para empezar, es difícil negar que la tensión entre prevención y culpabilidad (o, en alguna medida, entre utilitarismo y deontologismo) se encuentra presente desde el propio origen del Derecho penal. De hecho, no sería extraño concebir el germen del Derecho penal (o, más precisamente, de la pena) como la consecuencia de la aparición del individuo y sus (tendencialmente

¹⁹ Quizá así quepa interpretar a DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Nuevo Foro Penal*, pp. 209 y ss., cuando sostiene que la importancia que ha cobrado la idea de seguridad ciudadana ha provocado un «desbordamiento del marco analítico tradicional»; o cuando este mismo autor accede a discutir en el plano de la «racionalidad pragmática» (centrada no tanto en cuestiones de principios como en la eficacia a la hora de prevenir la delincuencia) para defender el modelo de «Derecho penal bienestarista» (DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 31 y ss.).

²⁰ Cabría decir que desde la celebrada obra de ROXIN sobre tales cuestiones, es esta una posición prácticamente unánime en nuestro contexto. *Vid.*, en particular, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2.ª ed., MUÑOZ CONDE, F. (trad.), Hammurabi, Buenos Aires, 2002, *passim*.

crecientes) derechos²¹. Las fricciones entre un Derecho penal más eficiente en términos preventivos y uno más respetuoso con la libertad individual explican (o, al menos, contribuyen a la explicación de) la aparición de la mayor parte de los principios penales (materiales y procesales) y constitucionales que han constreñido el empleo de la pena²². Igualmente, esta permanente tensión dialéctica entre intereses de la comunidad y derechos del individuo ayuda a comprender, como veremos, la aparición y auge de buena parte de las «modernas» consecuencias jurídicas (piénsese en las medidas de seguridad). De este modo, como tantas veces sucede en el ámbito del Derecho penal, la labor del académico no parece ser la de solucionar un problema y pasar a otro nuevo, sino la de enfrentar una y otra vez (en los mismos o parecidos términos) la misma discusión²³. En términos algo literarios, pero exactos, el académico se asemeja más a un Sísifo que repetidamente soporta la misma pesada carga recorriendo idéntico camino que a un Ulises que, poco a poco, y con idas y venidas, progresa en el camino a una inalcanzable Ítaca. En consecuencia, frente a un planteamiento que a veces pretende sugerir algo así como que «ante nuevos problemas (el imputable peligroso) nuevas soluciones», se impugna aquí que este sea un «nuevo problema».

En estos términos, sería razonable pensar que, *sensu contrario*, si se trata de un «viejo problema» se podría volver también a las «viejas soluciones». Esta afirmación, sin embargo, podría ser también aventurada por varios motivos. Para empezar, porque los «problemas» no existen en un sentido natural, sino que caracterizamos como «problema» aquello que, valga la reiteración, consideramos problemático. En consecuencia, aunque fuera este un «viejo problema» podría no ser exactamente el mismo porque nuestra consideración acerca de él hubiera cambiado en algún grado. Dicho de otro modo, aunque la cuestión sea esencialmente la misma, el cambio del contex-

²¹ En este sentido es conocida la propuesta de ACHTER, V., *Geburt der Strafe*, Vittorio Klosterman, Frankfurt, 1951, para quien la intuitiva idea de que la institución de la pena existe desde que existe el Derecho constituye un error (p. 9). Más correcto sería decir, en su opinión (que en este punto se comparte), que, aunque siempre se haya utilizado el concepto «pena» entre unos contextos históricos y otros no existe una «línea de continuidad» (*Entwicklungsreihe*) en su significado (pp. 11 y ss.). No sería hasta finales de la Edad Media, momentos en los que (erróneamente, pues sucederá más tarde) data el comienzo de la idea de individuo, cuando aparecería una concepción de la pena próxima a la que hoy manejamos (pp. 13 y ss.); punto en el que el Derecho penal desplazará su mirada del hecho al autor y podrá efectuar, por tanto, alguna clase de reproche (p. 137). Desde entonces, el autor del delito no será visto como una mera perturbación del orden sagrado, que será restaurado por medios mágicos, sino como un ser malvado y moralmente responsable (pp. 137 y ss.). Sin embargo, creemos nosotros que para hablar propiamente de «pena» en un sentido próximo al que hoy le conferimos al término es preciso aguardar algo más. *Vid. infra*, Capítulo V, epígrafe III.

²² *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 5.

²³ Paradigmático ejemplo de este «eterno retorno de la dogmática» lo constituye, sin duda alguna, la polémica acerca del libre albedrío (o, más bien, su ausencia) y la manera en la que incide en la responsabilidad penal.