

«EL ENFERMO MENTAL DELINCUENTE Y PELIGROSO ANTE EL CP DE 1995»

PROF. DR. AGUSTÍN JORGE BARREIRO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

1. Introducción; 2. Los supuestos de aplicación de medidas de seguridad previstos en el CP para los enfermos mentales; 3. Las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales en el NCP; 4. Conclusiones.

1. Introducción

1.1. El origen de las medidas de seguridad criminales, tal como hoy las entendemos, está íntimamente relacionado con el problema de los enfermos mentales, es decir, con los supuestos de inimputabilidad por razones de enfermedad mental.

En efecto, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX la pena dejaba de ser la única solución posible para luchar contra el fenómeno de la delincuencia. Y esto era así, entre otras razones, porque la pena, entendida en un sentido retributivo y dentro de una concepción clásica del Derecho penal, no podía hacer frente a un importante sector de la delincuencia protagonizado por los delincuentes menores de edad y por los enfermos mentales que se encontraban en una situación de inimputabilidad. En ambos casos, de delincuentes juveniles y de enfermos mentales, la pena resultaba inaplicable pues faltaba uno de sus presupuestos fundamentales para su aplicación: el de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del autor del hecho punible. En ese contexto histórico, en el que la pena no podía satisfacer las necesidades político-

criminales de la lucha contra el delito (especialmente frente a los delincuentes inimputables, penalmente irresponsables, y respecto de los delincuentes habituales peligrosos), se discutía enconadamente entre las escuelas del Derecho penal si la pena había de ser retribución o defensa (prevención social o individual), llegándose en el plano legislativo a la solución de compromiso —propiciada por Carlos Stooss en el Anteproyecto del CP suizo de 1893— de introducir nuevas sanciones penales —junto a las penas— fundadas en la peligrosidad criminal del sujeto¹. De esta manera, surgían las medidas de seguridad, como un nuevo recurso punitivo del Estado de lucha contra el delito, integrándose —con su particular presupuesto de aplicación (el estado personal de peligrosidad criminal del sujeto) y con su exclusiva finalidad de prevención especial— junto a las penas en el marco del nuevo sistema de sanciones del moderno Derecho Penal².

Aquí, se trata de abordar la cuestión de si el NCP español ofrece o no una regulación adecuada de las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales. Para ello, en esta introducción, abordaremos dos aspectos básicos de esta problemática: el relacionado con el nuevo sistema de medidas de seguridad en el CP español de 1995, y el relativo a la fórmula legislativa que consagra nuestro legislador para regular los supuestos de inimputabilidad por razón de enfermedades mentales.

1.2. *El nuevo sistema de medidas de seguridad en el CP español de 1995.*

El CP español de 1995 contiene, como una de sus novedades más importantes, un nuevo sistema global de las medidas de seguridad, abandonando la tradicional y criticable técnica legislativa anterior, que se caracterizaba por la dispersión y por regular la mayor parte de esta materia a través de leyes especiales de marcado carácter defensista³.

¹ Vid. STOOSS, C., *Strafe und Sichernde Massnahme*, SchwZStr 18(1905), págs. 1 y ss.; el mismo, *Der Dualismus im Strafrecht*, SchwZStr. 41 (1928), págs. 54 y 55; el mismo, *Zur Natur der Sichernden Massnahmen*, SchwZStr 44 (1930), págs. 261 y ss.; Cfr. KAENAL, *Carl Stooss und das zweispurige System des Strafrechtsfolgen*, SchwZStr 101 (1984), págs 3 y ss.

² Vid. ANTÓN ONECA, J. *La prevención general y especial en la teoría de la pena*, Salamanca 1944, pág. 106.

³ Así, las medidas de seguridad aparecían reguladas fundamentalmente en las leyes penales especiales sobre peligrosidad sin delito (Ley de Vagos y Maleantes de 4.8.1933, y posteriormente —hasta el CP de 1995— la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4.8.1970), y también en el CPA —art. 8.1.º y 3.º, 9.1.ª y 65, y para los menores de edad penal, primero en la LTTM y después en la LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores (art. 17).

El NCP deroga la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970*⁴, que por sus múltiples deficiencias —como el indeterminado presupuesto de «la peligrosidad social», los supuestos de «peligrosidad sin delito», el dualismo rígido...— era difícilmente compatible con las exigencias de legalidad y de seguridad jurídica inherentes a un Estado social y democrático de Derecho⁵, resultando la LPRS de 1970 un cuerpo extraño en el nuevo marco de la Constitución española de 1978⁶.

Cabe señalar que toda la problemática acerca de la delincuencia juvenil y, por lo tanto, de las medidas de seguridad aplicables a este sector de la delincuencia, está pendiente de la aprobación de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor, que incomprensiblemente no se aprobó a la vez que el NCP. Cfr. art. 19, la Disposición transitoria 12.ª, y el párrafo 2.º de la Disposición Final 7.ª, todo ello, del NCP.

⁴ La Disposición derogatoria 1.c) del NCP deroga «la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias».

⁵ La doctrina penal española, partiendo de las exigencias propias de un Estado de Derecho, había denunciado ya la difícil compatibilidad entre los postulados de la LPRS y el respeto del principio de legalidad, con anterioridad a la nueva situación democrática española y a la aprobación de la Constitución española de 1978. Vid. entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Medidas de seguridad y Estado de Derecho*, en AA. VV.: *Peligrosidad y Medidas de Seguridad (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Valencia 1974, págs. 361 y ss.; JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 1976, págs. 136 y ss. Los profesores numerarios de Derecho penal (catedráticos y agregados) de España, en las segundas jornadas celebradas en Barcelona (28 y 29.5.1974), habían formulado —entre otras conclusiones— la denuncia de que «la admisión de medidas de seguridad predelictivas conculcan los indeclinables postulados de la certeza y la seguridad jurídicas» (vid. BERISTAIN, A.: *Crisis del Derecho represivo*, 1977, pág. 110).

⁶ La doctrina penal ha considerado, con razón, que el contenido de la LPRS —especialmente, sus postulados básicos— era incompatible con los principios y garantías de legalidad y seguridad jurídica que consagra la Constitución de 1978 (arts. 9.3 y 25.1 de la CE). Vid., entre otros, BARBERO SANTOS, M./MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M.: *La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social: su reforma*, Doctrina Penal 1979, págs. 217 y ss.; TERRADILLOS, J.: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, 1981, págs. 188 y ss.; JORGE BARREIRO, A.: *La reforma de 1978 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en AA. VV., *Comentarios a la legislación penal*, II, Edersa, 1983, págs. 519 y ss.; ROMEO CASABONA, C.M.: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, 1986, págs. 128 y ss.; VIVES ANTÓN, T.S.: *Constitución y medidas de seguridad*, PJ 3 (1986), págs. 91 y ss.; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, R.: *Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad ¿réquiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?*, La Ley 1991-1, págs. 1442 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Las medidas de seguridad: eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, La Ley 1991-3, págs. 827 y ss.

El T.C. se había manifestado, en varias ocasiones, contrario a las medidas de seguridad predelictivas que contemplaba la derogada LPRS, aunque con argumentos técnicos más que discutibles por la confusión en el manejo de conceptos básicos del Derecho Penal, vinculando las medidas de seguridad a la culpabilidad del sujeto peligroso (vid. SSTC 159/1985, 23/1986 y 21/1987). Críticamente sobre la doctrina del TC acerca de las medidas de seguridad, vid. entre otros, LUZÓN PEÑA, D.M.: *Alcance y función del Derecho penal*, ADPCP 1989, nota (78), págs. 26 y 27; GRACIA MARTÍN, L., en GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBON, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal*, 1996, págs. 369 y ss.; JORGE BARREIRO, A.: *El sistema de sanciones en el Código Penal de 1995*, LH-Prof. Dr. Kl. TIEDEMANN, Castelló de la Plana 1997, nota (63), págs. 104.

Dentro de los principios informadores del sistema de medidas de seguridad consagrado en el CP de 1995, merece ser destacado lo siguiente:

1.º) El *Título Preliminar* del NCP recoge expresamente las *garantías* derivadas del *principio de legalidad* tanto para las penas como para las medidas de seguridad. Así, por lo que se refiere a las medidas de seguridad, se reconocen las *garantías* siguientes: la *criminal* (art. 1.º.2: «Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley»); la *penal* (art. 2.1 último inciso: «Carrecerán igualmente de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad», requiriendo que la medida de seguridad imponible ya estuviera prevista por la ley en el momento en que el sujeto sea declarado peligroso y se encuentre incluido en uno de los supuestos de aplicación previstos en el CP); la *jurisdiccional* (art. 3.º.1.: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales»), y de *ejecución* (art. 3.º.2.: «Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes», reconociéndose en este último inciso el control judicial de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad a desarrollar por los órganos judiciales sentenciadores o por la importante figura del Juez de Vigilancia).

2.º) *Los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad.*

El art. 6.º.1 del NCP establece que «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito». Por otra parte, dentro del Título VI «De las medidas de seguridad» del Libro del CP, el art. 95.1 del NCP declara que «las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1.ª que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito; y 2.ª que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse una pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

Por lo tanto, conforme a lo establecido por los artículos 6.1 y 95.1 del NCP, los presupuestos necesarios para aplicar las medidas de seguridad, en el Derecho Penal vigente en España, son tres:

A) Que el sujeto se encuentre comprendido en alguno de los *supuestos previstos en el CP (arts. 101-104)*, quedando claro que los desti-

natarios de las medidas de seguridad en el NCP son los sujetos *inimputables* (arts. 101-103) y *semiimputables* (art. 104). Se echa en falta, por parte de un sector de nuestra doctrina⁷, que el NCP no haya contemplado, como destinatarios de las medidas de seguridad, a los *delincuentes habituales peligrosos* de criminalidad grave. Para este sector de la delincuencia la solución no está —como postula el NCP— en la aplicación de la agravante de reincidencia específica prevista en el art. 22.8.^a del NCP, al margen de que podrá darse habitualidad criminal sin reincidencia⁸. Resultaba más adecuada la solución que para el mencionado sector de la delincuencia propiciaba la *Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983*, que proponía la supresión de las agravantes de reincidencia (genérica y específica) y la aplicación de una medida de internamiento de los delincuentes habituales peligrosos en un centro de terapia social por un tiempo que no podría exceder de cinco años (art. 100.1 de la PANCP de 1983).

B) Que el sujeto *haya cometido un hecho previsto como delito*, deserrando de nuestro CP las medidas de seguridad predelictivas que se consagraban tradicionalmente en España en las leyes penales especiales sobre peligrosidad sin delito (Ley de Vagos y Maleantes de 4.8.1933, y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4.8.1970). A la luz del NCP, sólo son admisibles las medidas de seguridad postdelictivas. Esta exigencia, de la previa comisión de un hecho previsto como delito, para aplicar una medida de seguridad viene a ser —como reconoce expresamente el citado art. 6.º.1 del NCP— un síntoma a través del cual se exterioriza la peligrosidad criminal del sujeto. De esta manera, como señala Rodríguez Mourullo⁹, se cumple una triple función garantizadora: se refuerza el pronóstico de peligrosidad, pues el sujeto ya ha demostrado su energía criminal al haber cometido un hecho abstractamente punible; se fortalece la vigencia del principio de legalidad, al condicionar la aplicación de la medida a la previa comisión de un hecho previsto objetivamente por la ley como delito; y se reduce a límites tolerables la función preventiva del Estado, que se plasma en la eliminación de las medidas predelictivas.

La expresión *delito*, teniendo en cuenta la referencia expresa al «delito» en diversos preceptos reguladores de las medidas de seguridad y la

⁷ Vid. entre otros, CEREZO MIR, J.: *Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, La Ley, año XVII, n.º 4063, 21 de junio de 1996, pág. 5; JORGE BARREIRO, A.: *El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995*, cit., pág. 109.

⁸ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: *El Anteproyecto de CP de 1992: observaciones de urgencia*, en *Jueces para la Democracia* 14, 3/1991, pág. 58.

⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Medidas de seguridad y Estado de Derecho*, cit., págs. 363 y 364.

formulación del principio de proporcionalidad, debe ser entendida como *delito en sentido estricto* (art. 13 NCP: los graves y menos graves), excluyéndose las faltas¹⁰. Por otra parte, la exigencia de la previa comisión de un hecho previsto como delito ha de referirse a la comisión de un *hecho típicamente antijurídico*, sin requerirse la culpabilidad del sujeto que sí es necesaria para la imposición de una pena. La doctrina penal ha señalado, con razón, que difícilmente se puede justificar la aplicación de una medida de seguridad al sujeto que ha actuado lícitamente, es decir, a quien se ha comportado conforme a Derecho, pues en tales casos no se podrá fundamentar un pronóstico de peligrosidad criminal¹¹.

C) Que se aprecie *la peligrosidad criminal* del sujeto, abandonando el NCP —con buen criterio— el presupuesto indeterminado y confuso de «*peligrosidad social*» que se requería en la legislación penal anterior para aplicar las medidas de seguridad.

La peligrosidad criminal del sujeto es ahora, en el NCP, el *fundamento* de las medidas de seguridad y ha de exteriorizarse en la previa comisión de un hecho previsto como delito (art. 6.º.1 del NCP). La peligrosidad criminal se refiere a un juicio de pronóstico, emitido por el Juez o Tribunal, acerca de la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto —que está comprendido en alguno de los supuestos previstos en la ley y que ha cometido previamente un hecho previsto como delito—

¹⁰ Vid. en este sentido, entre otros, SÁNCHEZ YLLERA, I.: en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, pág. 536; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La regulación de las medidas de seguridad*, cit., pág. 18; GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, 1997, pág. 136; JORGE BARREIRO, A.: *El sistema de sanciones*, cit., pág. 110; GRACIA MARTÍN, L.: en AA. VV.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 1998, págs. 310 y 311. Vid. STC 24/1993.

Razones de carácter sistemático, como la del uso del término «*delito*» y no el de mera «*infracción penal*» en la regulación de los postulados básicos de las medidas de seguridad dentro del NCP (vid. arts. 6.º.1 y 95.1.1.º), y la propia formulación del principio de proporcionalidad en esta materia (arts. 6.º.2, 95.2, 101-104), abogan a favor de entender el término delito en sentido estricto y de excluir las faltas. Todo ello, como destaca cierto sector doctrinal, no deja de ser contradictorio con lo que debe ser la esencia (el fundamento) de las medidas de seguridad que es la peligrosidad criminal, la cual en buena lógica podrá darse tanto cuando se cometan previamente un delito o una falta. Vid., en este sentido crítico, GARCÍA ALBERO, R., en AA. VV.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, p. 514; GARCÍA ARÁN, M.: *ob. lug. ult. cit.* La STS 31.3.1993 no apreció obstáculo legal alguno para decretar medidas de seguridad por hechos constitutivos de mera falta y el Auto 1775/1993 del TC que vino a confirmar tácitamente la citada STS, al declarar la inadmisión del recurso de amparo. Advuértase, sin embargo, que tal tesis jurisprudencial se ha mantenido bajo la vigencia de la legislación anterior al NCP.

¹¹ Vid., entre otros, LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho Penal*, P.G., I, 1996, pág. 577; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, P.G., 4.ª ed., 1996, pág. 421; GARCÍA ALBERO, R.: *ob. ult. cit.*, pág. 513; JORGE BARREIRO, A.: *ob. lug. ult. cit.*; GARCÍA ARÁN, M.: *ob. cit.*, pág. 137.

pueda cometer en el futuro nuevos delitos (vid. art. 95.1 del NCP). No se puede ignorar, en todo caso, la incertidumbre que conlleva todo juicio de pronóstico, y, por lo tanto, la predicción sobre la futura vida delictiva que pueda desarrollar en el futuro el sujeto peligroso.

De esta manera, al destacar el NCP que la peligrosidad criminal del sujeto es el fundamento de las medidas de seguridad, parece evidente que el CP de 1995 consagra el sistema dualista o de la doble vía, es decir, por un lado, la *pena*, que presupone la realización de un *hecho típicamente antijurídico y culpable*, y por otro, la *medida de seguridad*, que se fundamenta en la *peligrosidad criminal* del sujeto exteriorizada en la previa comisión de un hecho previsto como delito (hecho típicamente antijurídico). Sin embargo, lamentablemente, el CP de 1995 ha propiciado una criticable asimilación y confusión entre la pena y la medida de seguridad, que —como veremos, de inmediato— tiene un claro ejemplo en la configuración del *principio de proporcionalidad* en el ámbito de las medidas de seguridad, y está íntimamente relacionada con la problemática de los *límites de duración de las medidas de seguridad privativas de libertad* aplicables a los *enfermos mentales* como sujetos inimputables y semiimputables (arts. 101-104 del NCP).

3.º) El *principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad*.

El principio de proporcionalidad, cuya vigencia en el Derecho Penal se deriva ya de la perspectiva material del *principio de Estado de Derecho* que prohíbe excesos y limita las intervenciones del poder punitivo del Estado a lo estrictamente necesario para asegurar la convivencia pacífica en sociedad¹², se consagra expresamente *para las medidas de seguridad* en el *art. 6.º.2 del NCP* y se desarrolla después en otros preceptos de nuestro texto punitivo básico (vid. arts. 95.2, 101-103 y 104). A través de este principio se trata de proteger los derechos fundamentales del sujeto peligroso, limitando la afectación que en los mismos produce la aplicación de las medidas de seguridad, cuya duración en buena lógica debería depender del cese o no del estado personal de peligrosidad criminal del sujeto. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter indeterminado que, en principio, tendrían que tener las medidas de seguridad y la grave incidencia de la aplicación de las mismas en los

¹² Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 5.ª ed., 1996, pág. 27. En el mismo sentido, en la doctrina penal portuguesa, vid. FIGUEIREDO DIAS, J.: de *Direito penal português*, P.G., II, *As consequências jurídicas do crime*, Lisboa 1993, págs. 446 y 447. En nuestra doctrina, recientemente y con carácter general, vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.: *La proporcionalidad de la norma penal*, Cuadernos de Derecho Público, n.º 5 (sept-dic. 1998), pág. 160.

derechos fundamentales del sujeto peligroso, las exigencias propias de un Estado de Derecho —como son las garantías de certeza y seguridad jurídica— han llevado a las legislaciones penales modernas de nuestro orbe cultural¹³ a introducir el principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad. Esto es lo que ha pretendido el legislador español de 1995, aunque su formulación no haya sido técnica y políticocriminalmente la más adecuada.

El art. 6.º.2 del NCP declara que «las medidas de seguridad no pueden resultar ni *más gravosas* ni de *mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido*, ni exceder el *límite de lo necesario* para prevenir la peligrosidad del autor». A tal declaración hay que añadirle lo establecido en otros preceptos del CP (arts. 95.2, y 101-104) que la desarrollan.

Dentro de la formulación del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad, consagrada en el citado art. 6.º.2 del CP, se pueden distinguir tres elementos que la configuran.

En primer lugar, se declara que las medidas de seguridad «no pueden resultar *más gravosas* que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido». La doctrina penal dominante¹⁴ ha criticado, con razón, este criterio limitador y confuso de la gravosidad. En efecto, cabe cuestionar cómo se podrá determinar si una medida de seguridad con finalidad curativa —por ej.: la medida de internamiento para tratamiento médico de un enfermo mental (vid. art. 101.1 del CP) —puede ser o no más gravosa que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. El desafortunado criterio que utiliza nuestro legislador obliga, como destaca Rodríguez Mourullo¹⁵, a la comparación de dos magnitudes heterogéneas, la pena y la medida de seguridad, y nos lleva a suscitar la cuestión —como hace el autor últimamente citado— acerca de «¿qué sentido tiene preguntarse, por ejemplo, si un tratamiento médico tendente a curar al sujeto e idéntico al que se dispensa a los pacientes que

¹³ Vid. por ejemplo, el parágrafo 62 del CP alemán y el art. 40.º.3 del CP portugués.

¹⁴ Vid. entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La regulación de las medidas de seguridad*, cit., págs. 39 y ss.; GRACIA MARTÍN, L.: en AA.VV.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., págs. 319 y ss.; JORGE BARREIRO, A.: *El sistema de sanciones*, cit., págs. 106 y 107; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid 1997, pág. 43. A favor de la interdicción de que las medidas de seguridad resulten más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, aunque se reconozcan las dificultades de su puesta en práctica cuando las sanciones a comparar sean de naturaleza heterogénea, vid. VIVES ANTÓN, T.S. en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, pág. 63, y GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, cit., págs. 142 y 143.

¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. lug. ult. cit.*

no han cometido ningún hecho delictivo para beneficiar su salud, es más o menos gravoso que una determinada pena? Ninguno». Se puede llegar al absurdo de no poder continuar un tratamiento terapéutico necesario para el sujeto peligroso, al haber alcanzado la duración de la medida el límite máximo de duración de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido¹⁶. A todo ello, hay que añadir las dificultades, casi insalvables, para determinar en el caso concreto cuándo una medida de seguridad es más gravosa que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido¹⁷, debiendo tener presente que —de acuerdo con el NCP— no cabe aplicar medidas de seguridad privativas de libertad si la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuera privativa de libertad (art. 95.2 del CP).

En segundo lugar, el art. 6.º.2 del NCP se refiere a que «las medidas de seguridad no pueden tener *mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido*». Tal regulación, al margen de asimilar dos sanciones penales que tienen diferencias básicas en su fundamento y finalidad, parece referirse a la pena abstracta prevista para el delito en la PE del CP¹⁸, en el que se exterioriza la peligrosidad criminal del sujeto. Sin embargo, la cuestión sobre la referencia al límite de duración de las medidas se complica al postular criterios distintos los preceptos del CP que desarrollan la regla general prevista en el mencionado art. 6.º.2.

Por un lado, los arts. 101-103 del CP, que se refieren a las medidas privativas de libertad aplicables a los *inimputables*, consagran la cláu-

¹⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La regulación de las medidas de seguridad*, cit., pág. 37.

¹⁷ En principio, no deberían haber mayores problemas si la medida de seguridad y la pena son de una misma naturaleza, por ej.: si ambas sanciones son privativas de libertad. Sin embargo, aún en tales casos la esencia, fundamento y fines son diferentes, y, por lo tanto, seguirán existiendo dificultades para proceder a su comparación. Tampoco resultará fácil determinar si una medida de seguridad no privativa de libertad es más o menos gravosa que una pena de la misma naturaleza, pues tampoco servirá de mucho el criterio de su duración. Al final, la determinación y puesta en práctica de tal criterio quedará en manos de los tribunales de justicia, propiciando un terreno abonado para la arbitrariedad judicial. Vid. GRACIA MARTÍN, en AA. VV.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., págs. 319 y 320; y SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *ob. ult. cit.*, págs. 39 y ss.; espec. pág. 40.

¹⁸ Vid. en este sentido, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., en J.L. MANZANARES/J. CREMADES, *Comentarios al Código Penal*, La Ley-Actualidad, 1996, pág. 4; GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad*, cit., pág. 131, GRACIA MARTÍN, J.L.: en AA.VV., *Lecciones*, cit., págs. 320 y 321. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: en AA. VV.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, pág. 61, quien, al interpretar el art. 6.º.2, considera que el límite dado por la pena abstractamente aplicable al hecho cometido debe tener en cuenta las reglas de determinación de la pena sobre los grados de ejecución del delito y las formas de participación, prescindiendo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

sula de que «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo». De esta manera, y a diferencia de lo previsto en la regla general sobre la proporcionalidad del citado art. 6.º.2 del NCP, se requiere que el límite de duración de la medida privativa de libertad no puede exceder del de la pena en concreto que le correspondería al sujeto inimputable peligroso si hubiera sido declarado responsable, imponiendo al Juez o Tribunal la difícil —por no decir imposible— tarea de fijar en la sentencia, de acuerdo con los parámetros señalados, el límite máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad¹⁹. Aquí, se suscitan múltiples dudas acerca de los elementos que deberían tenerse en cuenta para fijar la duración de la medida a imponer al inimputable, cuestionándose si el Juez o Tribunal debe tener presente los grados de perfección del delito, las formas de participación, o las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal²⁰. Este difícil cometido, no podemos olvidarlo, ha de llevarse a cabo con relación a un sujeto inimputable, pero bajo un juicio hipotético como si hubiera sido declarado responsable. En esta polémica cuestión conviene recordar las atinadas consideraciones de nuestro TS, cuando afirma (*STS 19.1.1995*) que «es claro que no es posible establecer como límite de la medida de seguridad aplicable al incapaz de culpabilidad la duración de la pena que le hubiere correspondido si hubiera sido culpable, pues nadie podría decir cuál hubiera sido la gravedad de su culpabilidad si hubiera tenido la capacidad que le faltó». Para resolver el problema que plantean los arts. 101-103 del CP, sobre la fijación del límite temporal de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicables a los inimputables, sólo cabe postular la tesis de cierto sector doctrinal que, partiendo de una interpretación global y lógica de la regulación de las medidas de seguridad²¹, estima que los preceptos mencionados se refieren —al igual que los arts. 6.º.2 y 104 del CP— a la pena abstracta aplicable al delito conforme a lo establecido en la PE del CP, y será en este marco donde operará esa discutible re-

¹⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La regulación de las medidas de seguridad*, cit., pág. 38.

²⁰ A favor de tener en cuenta los grados de ejecución del delito, las formas de participación, e incluso, dentro de lo posible, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, vid. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, cit., págs. 152 y ss.; GARCÍA ALBERO, R., en AAVV.: *Comentarios al Nuevo Código penal*, Pamplona 1996, págs. 533 y 534. En contra de esta tesis y a favor de entender que aquí opera la referencia a la pena abstracta establecida para el hecho cometido por el correspondiente precepto de la P.E., vid. por todos, GRACIA MARTÍN, J.L., en AAVV.: *Lecciones*, cit., pág. 321 y 322.

²¹ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: en J.L. MANZANARES/J. CREMADES, *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 51.

gla técnica para fijar el límite máximo de duración de la medida de seguridad²².

Por otra parte, el *art. 104* del NCP, que se refiere a los sujetos peligrosos semiimputables, alude a que la duración de la medida de internamiento —sólo aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad— «no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito». La doctrina penal dominante considera²³ que, en tales casos, parece evidente que nuestro legislador está haciendo referencia a «la conminación abstracta de la pena» aplicable al delito.

En todo caso, y al margen de discutibles posiciones doctrinales que tienden a salvaguardar cierta flexibilidad en la criticable fórmula limitadora del NCP sobre la duración de las medidas de seguridad²⁴, cabe denunciar que en ningún supuesto la duración de la medida de tratamiento en centro médico de un enfermo mental podrá exceder la de la pena abstractamente aplicable al delito, aunque ello fuera necesario para neutralizar la situación de peligrosidad criminal del sometido a esa medida de seguridad. Si se da esta hipótesis, cuando el enfermo mental ha cometido un delito conminado con una pena privativa de libertad y el sometido a la medida de seguridad no pueda permanecer internado ni un día más del límite que nos ha propiciado el marco penal abstractamente establecido en la PE para el delito cometido²⁵, sólo queda co-

²² Vid. GRACIA MARTÍN, J.L.: *ob. ult. cit.*, págs. 320 y ss., donde se sostiene que las reglas de determinación de la pena no pueden entrar en consideración para establecer el límite de duración de las medidas, teniendo en cuenta que en la teoría de las medidas debe acudir —por su distinto fundamento— a otros criterios.

²³ Vid., entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *ob. lug.ult.cit.*; GARCÍA ARÁN, M.: *ob. ult. cit.*, págs. 148 y 149; GRACIA MARTÍN, J.L.: *ob. ult.cit.*, pág. 322. En contra de esta tesis y a favor de entender que «la pena prevista en el Código para el delito» lo es para el delito concretamente realizado, es decir, teniendo en cuenta no sólo el iter criminis y participación, sino también la eventual concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, vid. GARCÍA ALBERO, R., *ob. cit.*, pág. 537.

²⁴ En este sentido, merece ser destacada la posición de VIVES ANTÓN (*ob. ult. cit.*, pág. 64), cuando al interpretar el art. 6.º.2 del CP considera que «la prohibición de que la medida exceda de la duración de la pena sólo juega entre penas y medidas que tengan la misma o semejante entidad gravosa, mientras que cuando dicha entidad sea muy disímil, y la medida sea claramente inferior a la de la pena, el Juez habrá de ponderar, de una parte el factor gravedad y de otro el factor tiempo, pudiendo tener la medida mayor duración que la pena siempre que, en un análisis conjunto, la injerencia estatal representada por aquélla no sea superior a la de ésta». Acogen favorablemente esta tesis, GARCÍA ARÁN, M.: *ob. ult. cit.*, pág. 143, y CONDE PUMPIDO-FERREIRO, C., en AAVV.: *Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, I, edit. Trivium, 1997, pág. 387. Esta sugerente tesis doctrinal no puede ser compartida, entre otras razones (como la vaguedad de su contenido), por la cuestión básica de que no es compatible con el texto literal de la ley.

²⁵ Vid., en este sentido crítico, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *ob. cit.*, pág. 39.

mo única salida a tal situación la de proceder al correspondiente internamiento civil²⁶. Esta solución, como ha señalado cierto sector doctrinal²⁷, no deja de dar la impresión de encubrir un «*fraude de etiquetas*», pues va a continuar la privación de libertad y el tratamiento coactivo. En realidad, la posibilidad que nos ofrece para estos casos el NCP, de que concluida la medida penal se prolongue el internamiento por la vía civil, nos recuerda «la política del avestruz», al abandonar al inimputable peligroso a su suerte en un internamiento civil dentro de unas condiciones que difícilmente pueden facilitar la respuesta adecuada al problema de un tratamiento médico adecuado, ni cumplir con las exigencias —propias del Derecho Penal preventivo y ajenas a los principios que informan el internamiento civil²⁸— de conjurar la peligrosidad criminal del inimputable.

²⁶ Se alude aquí a la posibilidad de prolongar el internamiento previsto para los incapaces, conforme a la legislación civil (vid. arts. 211 y 271 del CC). La *Disposición Adicional primera del NCP* establece que «cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1.º y 3.º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil».

Esta disposición adicional primera regula la respuesta que procedería para los casos de enfermos mentales que hubieran cumplido con el límite máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que le fuera aplicada, y persistieran las anomalías o alteraciones psíquicas que aconsejasen prolongar su internamiento por la vía civil, previa incapacitación del sujeto, y que se llevaría a cabo en un establecimiento adecuado y con independencia del sistema penal (vid. QUINTERO OLIVARES, G., en AAVV.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, págs. 2320). Esta regulación presenta ciertas dificultades, teniendo en cuenta las múltiples posibilidades de solicitar el internamiento del enfermo mental y lo problemático de la determinación de los límites de actuación entre la jurisdicción civil y la penal. Así, como destaca GARCÍA ALBERO, R., en *ob. cit.*, pág. 532, puede suceder por ej. que el Juez penal no imponga medida de seguridad de internamiento al inimputable por no estar conminado el delito cometido con una pena privativa de libertad (art. 95.2 del CP), pero el Ministerio Fiscal solicite el internamiento conforme a las normas de legislación civil, o que el Juez penal estime que no es necesario el internamiento y que éste se solicite y se acuerde en la vía civil. A todo ello, hay que añadir, como destaca FEIJÓO SÁNCHEZ (AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, edit. Civitas 1997, pág. 1461), que es posible que mediante esta disposición se le quieran asignar al ordenamiento civil funciones que no le son propias. Como señala CEREZO MIR, en *Derecho Penal*, P.G. (Leccs. 26-40), UNED, 1997, pág. 47, «en estos casos no se trata únicamente de un problema médico, sino de peligrosidad criminal y un internamiento civil no es una medida de seguridad que pueda atender a las exigencias de la prevención del delito».

²⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *ob. cit.*, pág. 40.

²⁸ El internamiento previsto en la legislación civil para *enfermos mentales*, estén o no incapacitados y sean menores o mayores de edad, se regula fundamentalmente en el art. 211 del CC (cfr. arts. 271.1.º y 272 del CC). El art. 211.1.º del CC requiere que «el internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en

La «original» formulación del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad en el NCP, que apenas cuenta con precedentes en el Derecho Comparado²⁹ y que tiene su precedente inmediato en el art.

condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometido a la patria potestad, requerirá *autorización judicial*. Esta será *previa* al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas...». Además, el art. 211.3.º del CC establece también que «el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses..., y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento».

Aquí, acerca de la procedencia y adecuación de la vía civil para proseguir el internamiento de un enfermo mental, inimputable o semiimputable y peligroso, al que se le hubiera podido aplicar una medida de seguridad privativa de libertad y la duración de la misma haya alcanzado los límites temporales fijados en el CP, conviene tener presente, sobre todo dos consideraciones: 1.ª) Que el internamiento civil para enfermos mentales está pensado exclusivamente con la única finalidad de proteger (tratar) al enfermo mental, pero no se encuentra entre sus objetivos —y sí será propio del Derecho Penal— el de conjurar la peligrosidad criminal del sujeto; y 2.ª) Que la normativa civil, sobre esta materia, tras las reformas de 1983 y 1996, presenta —según cierto sector de la doctrinal civil— graves deficiencias y deja sin resolver cuestiones tan fundamentales como las siguientes: no se señalan las causas que justifican el internamiento, no se determinan las personas legitimadas para promoverlo, no se diferencian los internamientos voluntarios de los forzosos, no se señala el procedimiento a seguir, no se alude al internamiento de enfermos mentales peligrosos... ni se dan suficientes garantías acerca de infraestructuras adecuadas (medios y personal idóneo) que hagan posible el oportuno internamiento del enfermo mental en un centro convenientemente dotado a tales efectos. Vid. ALONSO PÉREZ, M.: *La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del CC y de la LEC: Luces y sombras*, AC 1997 (2), págs. 29 y 30.

²⁹ Vid. art. 92.º.2 del CP portugués que, al referirse a la medida de internamiento aplicable a inimputables, establece: «el internamiento no puede exceder del límite máximo de la pena correspondiente al tipo del delito cometido por el inimputable». Además, el art. 92.º.3 del CP portugués contempla la posibilidad de prórroga de la medida de internamiento: «si el hecho realizado por el inimputable corresponde a un delito con pena superior a 8 años y el peligro de nuevos hechos fuere de tal gravedad que desaconseje la puesta en libertad, el internamiento puede ser prorrogado por períodos sucesivos de dos años hasta verificar que ha cesado el estado de peligrosidad criminal que lo originó». Cfr. el art. 30.º de la *Constitución de la República Portuguesa*, apartados 1 («No puede haber penas ni medidas de seguridad privativas o restrictivas de libertad con carácter perpetuo o de duración ilimitada o indefinida») y 2 («En caso de peligrosidad basada en grave anomalía psíquica, y en la imposibilidad de terapéutica en medio abierto, las medidas de seguridad privativas o restrictivas de libertad podrán ser prorrogadas sucesivamente en cuanto se mantuviera tal estado, pero siempre mediante decisión judicial»).

La regulación del CP portugués, en cuanto al establecimiento de límites máximos de duración de las medidas aplicables a los inimputables (para el límite mínimo, cfr. art. 91.º.2 del CP portugués), es más flexible y razonable que la del CP español de 1995. En efecto, el CP portugués no se limita a fijar el tope máximo de duración de la medida privativa al de la pena que le correspondería al delito cometido, como hace el CP

9.1.^a del CPA³⁰, proviene del *Proyecto de CP de 1992*. En la *Exposición de Motivos* de este Proyecto (1992) de CP se destaca, como una de las novedades de la regulación de las medidas de seguridad, que «atendiendo a una reivindicación ya antigua en la praxis penal española, y, por demás, impuesta por la garantía de legalidad, la duración de las medidas se somete a la que hubiera tenido la pena si el sujeto hubiera sido declarado penalmente responsable. De esta manera se terminará con una situación en la que cupieron internamientos indefinidos, en ocasiones justificados en nombre de una supuesta utilidad sanitaria, desconociendo que el sistema penal no puede ser subsidiario de la asistencia administrativa-sanitaria...».

En la misma dirección, que la *Exposición de Motivos del Proyecto de 1992*, se había pronunciado un importante sector de nuestra doctrina penal moderna. Así, por ejemplo, Muñoz Conde (1985), al referirse a los límites del Derecho de medidas y en concreto a la medida de internamiento en centro psiquiátrico de un enfermo mental inimputable pero peligroso, señalaba³¹ que «la finalidad preventiva que cumple la medida, igual que la que cumple la pena, debe ser limitada de algún modo, pues de lo contrario el afectado por ella, el enfermo mental, sería de peor condición que el cuerdo que comete el mismo delito y al que se le puede aplicar una pena. La medida, como la pena a la que sustituye, tiene que estar limitada de algún modo. Y parece lógico que estos límites deben ser, en principio, los mismos que tiene la pena», añadiendo el citado autor, con relación al principio de proporcionalidad, que

de 1995, sino que contempla también la posibilidad de que se prorrogue la medida de forma periódica en atención a la especial peligrosidad criminal del sujeto inimputable. Por otra parte, el CP portugués no obliga, como hace nuestro CP (apartado 1 de los arts. 101-103), a los tribunales de justicia a fijar en la sentencia el límite máximo de duración de la medida, que no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad. Los tribunales de justicia no han de fijar en concreto en la sentencia la duración del internamiento, pues tal duración —dentro de los márgenes abstractos que establezca la ley— dependerá exclusivamente de si la medida ha alcanzado sus finalidades —resocializadoras y de aseguramiento— perseguidas por la aplicación de la medida. Vid. FIGUEIREDO DIAS, J. de.: *Direito penal português*, cit., pág. 475.

³⁰ La Reforma Urgente y Parcial del CP por LO de 25.6.1983 introdujo en el art. 9.1.^a del CPA un importante 2.º párrafo: «En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números uno y tres del artículo anterior; el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última...». Cfr. CEREZO MIR, J.: *La reacción penal con la criminalidad de los enfermos mentales: el artículo 9.1 del Código Penal*, en Estudios sobre la moderna reforma penal del autor citado, Madrid 1993, págs. 121 y ss.

³¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, en «Derecho Penal y control social», Jerez 1985, págs. 69 y 70.

«la referencia a la gravedad del delito cometido y a la de los que sea probable que el sujeto pueda cometer en el futuro, medidas por el marco penal que los respectivos delitos tengan asignado, impide que la *duración de la medida* sea superior a la de la pena que le hubiera correspondido al sujeto en caso de ser culpable. Es, pues, fundamental que la *gravedad del delito cometido*, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el *límite máximo* que no debe ser rebasado en ningún caso, aunque quizás la medida durante ese tiempo no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos...». Tras la entrada en vigor del CP de 1995, un importante sector doctrinal³², al interpretar el art. 6.2 del NCP, destaca la oportunidad del legislador español en su formulación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad, que supone relacionar la gravedad de la medida con la del delito cometido y con la duración de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Además de señalarse el argumento de que no hay mayores diferencias de contenido y fines entre las penas y las medidas de seguridad, cabe resaltar que las razones que se alegan a favor de esta novedosa fórmula del principio de proporcionalidad son, fundamentalmente, dos: se ajusta mejor al principio de *legalidad* y se adapta adecuadamente al principio de *igualdad*. Ninguna de las razones alegadas son convincentes para justificar la desafortunada formulación del NCP sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad, que lleva consigo una criticable confusión entre las medidas de seguridad y las penas. Los objetivos polítocriminales que se pretenden conseguir con esta nueva fórmula del CP de 1995, sobre todo los de evitar el fraude de etiquetas y de garantizar los derechos fundamentales de los destinatarios de las medidas de seguridad (inimputables, arts. 101-103, y semiimputables, art. 104), se pueden lograr por otras vías que resulten más coherentes con los principios informadores del dualismo y que respeten las diferencias en la naturaleza, presupuestos y fines de la pena y de las medidas de seguridad. Veamos brevemente, los dos argumentos más importantes que parecen informar la mencionada formulación del NCP sobre el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad.

En cuanto al *principio de legalidad*, y a las exigencias de seguridad jurídica que del mismo se derivan, es preciso reconocer que, en buena

³² Vid., entre otros, GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, cit., págs. 132; QUINTERO OLIVARES, G.: en AAVV, *Comentarios*, cit., pág. 61; el mismo, *Locos y culpables*, Pamplona 1999, pág. 114; VIVES ANTÓN, T.S., en AAVV, *Comentarios*, I, cit., págs. 62 y ss.

En sentido crítico, con razón, a la formulación del principio de proporcionalidad del NCP en el ámbito de las medidas de seguridad, vid. por todos, GRACIA MARTÍN, L.: en AAVV, *Lecciones*, cit., págs. 316 y ss.

lógica, las medidas de seguridad deberían tener una duración indeterminada, de acuerdo con su presupuesto y fundamento (la peligrosidad criminal) así como en atención a la peculiar naturaleza de esta consecuencia jurídica (la medida de seguridad) que se orienta hacia el futuro, debiendo durar la medida tanto como dure el estado personal de peligrosidad criminal del sujeto, lo cual no podrá determinarse a priori. Sin embargo, las exigencias propias del Estado de Derecho y de la Constitución —como las derivadas del principio de legalidad: seguridad jurídica—, han llevado al legislador penal a establecer límites máximos temporales a las medidas de seguridad. Esto es lo que ha hecho nuestro legislador en el NCP respecto a las *medidas de seguridad no privativas de libertad* (cfr. art. 105 del NCP), mientras que en el ámbito de las *medidas de seguridad privativas de libertad* ha seguido un criterio distinto, de muy difícil determinación y generador de una lamentable asimilación entre pena y medida de seguridad, al establecer que la duración de la medida privativa de libertad no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, aplicable al hecho cometido (cfr. arts. 6.2, 95.2, 101-104 del NCP). Hubiera sido más adecuado el haber fijado legalmente unos límites máximos, al igual que se hace en las medidas no privativas de libertad, para las medidas privativas de libertad en atención a las finalidades de curación o de aseguramiento de la medida a aplicar³³. En todo caso, los problemas de seguridad jurídica que suscitan las medidas de seguridad privativas de libertad deben resolverse, sobre todo, mediante una determinación precisa de los presupuestos legales para su aplicación, y a través del uso moderado de tales sanciones y de su revisión periódica por parte de los tribunales de justicia. La confusa regulación que nos ofrece el NCP sobre las medidas de seguridad, y particularmente acerca del principio de proporcionalidad, no facilita la labor judicial ni permite satisfacer convenientemente las exigencias de seguridad jurídica.

En relación con el otro argumento favorable a la formulación del NCP sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad, el de respetar el *principio de igualdad*, se ha señalado que no se puede hacer del enfermo mental delincuente un sujeto *de peor condición* que el cuerdo que comete el mismo delito, debiendo extenderse el límite temporal máximo de la pena privativa de libertad,

³³ Así, entre otros, CEREZO MIR, J.: *Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, La Ley, año XVII, n.º 4063, 21.junio.1996, pág. 5; GRACIA MARTÍN, L.: *Lecciones*, cit., pág. 317. Vid. también TERRADILLOS BASOCO, J.: en MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., 1996, pág. 209, donde se postula que debería fijarse unos límites de duración a cada medida de seguridad, de acuerdo con sus específicas características, y dentro del máximo definido para la duración de la pena.

previsto en el CP para el delito cometido, al de la medida de seguridad privativa de libertad (el internamiento en centro psiquiátrico) aplicable al enfermo mental³⁴. De esta manera, se está aludiendo al principio de igualdad, relacionado con el de proporcionalidad, y a la necesidad de fijar límites de duración a las medidas de seguridad³⁵.

Aquí, cabe formular dos consideraciones fundamentales, una de carácter general, sobre el principio de igualdad, y otra de carácter específico sobre nuestro objeto de estudio (enfermo mental delincuente en situación de peligrosidad criminal), y todo ello a la luz de la doctrina del TC sobre esta materia.

Desde una *perspectiva general*, el TC ha declarado en reiteradas ocasiones que «no toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable...»³⁶. Por lo tanto, el tratamiento legal diferenciado para el cuerdo (sujeto imputable) y para el loco (sujeto inimputable) no atenta contra el principio de igualdad, pues se refiere a supuestos de hecho distintos (imputable y responsable de la comisión de un delito; e inimputable que ha cometido un hecho previsto como delito y se encuentra comprendido en uno de los supuestos de peligrosidad criminal), que son merecedores de diferentes sanciones criminales (penas y medidas de seguridad).

Desde una *perspectiva específica*, relacionada con la situación de peligrosidad criminal y el tratamiento legal del enfermo mental que ha cometido un delito, nuestro TC nos recuerda³⁷ que «es doctrina reite-

³⁴ Vid., entre otros, QUINTERO OLIVARES, G.: *Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal*, en AAVV, *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980, pág. 583, quien considera «defendible la supresión de medidas de duración ilimitada, y que el principio de límite temporal del castigo es extendible y exigible también en las medidas de seguridad»; MUÑOZ CONDE, F.; en *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho Penal*, P.G., de HH JESCHECK, de la 3.ª ed. alemana de 1978, trad. y adiciones por MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, vol. I, Barcelona 1981, pág. 124.

³⁵ Vid. GARCÍA ARÁN, M.; *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, cit., pág. 132.

³⁶ Vid. F. J. 4.b) de la STC 90/1995. En el mismo sentido, vid., entre otras, las SSTC 110/1993, 176/1993, 90/1995 y 117/1998.

³⁷ Vid. F.J. 3 de la STC 24/1993. Cfr. también el AUTO del TC 83/1994.

rada y constante de este Tribunal que el principio constitucional de igualdad, obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa (por todos, STC 19/1998). En el caso que nos ocupa, resulta sin duda justificado y razonable tratar penalmente de forma distinta a los *cuerdos* y a los *enajenados mentales* y no parece desproporcionado conectar las *medidas de seguridad* relativas a los últimos, *no* con el tipo de *delito* cometido, sino con su *peligrosidad* social y con la evolución de su enfermedad y, en consecuencia, no puede tacharse de desproporcionado que el tipo concreto de *medidas de seguridad* a aplicar en cada caso y su duración se vinculen a esa evolución y, por tanto, que ambas sean *más indeterminadas* que las *penas* correspondientes a los *penalmente responsables* y que ni el tipo de medidas ni su duración dependa del tipo de pena y duración que le hubiera correspondido de no serle de aplicación la eximente de enajenación mental». Esta doctrina constitucional viene a afirmar que el tratamiento penal distinto para los *cuerdos* y para los *enfermos mentales*, con medidas de seguridad relativamente indeterminadas —ajustadas a su fundamento: la *peligrosidad criminal* de los *enfermos mentales*— para estos últimos, no atenta contra el principio de igualdad, y que no es desproporcionado que la medida de seguridad aplicable en esos casos y su duración dependa de la evolución del estado personal de *peligrosidad criminal* del sujeto. Distinta ha sido la posición que, como hemos visto, ha adoptado el NCP, con el respaldo de cierto sector doctrinal: hacer depender el tipo concreto de medida a aplicar al *enfermo mental delincuente*, *inimputable* y *criminalmente peligroso*, y la duración de la misma, del tipo de pena y de la duración de ésta que le hubiere correspondido si aquél fuere declarado penalmente responsable (cfr. arts. 95.2, 101-103 del NCP). Era mucho más adecuada la formulación del principio de proporcionalidad que, sobre las medidas de seguridad, nos ofrecían el P. 1980³⁸ y la PANCP 1983³⁹, que relacionaban la gravedad de la medida de seguridad con la relevancia del grado de *peligrosidad criminal* del sujeto (fundamento de la medida: art. 6.1 del NCP) y con la gravedad del hecho cometido y de los que probablemente pueda cometer aquél en el futuro.

³⁸ El art. 133 del Proyecto de LO de CP de 1980 establecía que «las medidas de seguridad guardarán proporción con la *peligrosidad* revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer».

³⁹ El art. 88.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal establecía que «las medidas de seguridad serán necesariamente proporcionadas a la *peligrosidad criminal* del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que aquél pueda cometer».

Por último, el art. 6.2, al declarar que las medidas de seguridad «no pueden exceder del límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor», se refiere al principio de *intervención mínima*: ha de cesar cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto (cfr. art. 97.1.º.a del NCP).

4.º) *La concurrencia entre penas y medidas de seguridad.*

El problema fundamental del dualismo, que permite hablar de su «*crisis*» y del posible «*fraude de etiquetas*», se suscita en los casos de concurrencia entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad, es decir, cuando se da una doble privación de libertad para un mismo sujeto. Estos supuestos en el Derecho Penal español vigente sólo pueden darse en el caso de los *semiimputables* (art. 104 del NCP), porque sólo en este caso —y no en el de imputables peligrosos— se podrán imponer —con ciertas restricciones— una pena y una medida de seguridad privativas de libertad. La solución adecuada para resolver el problema de la concurrencia entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad, es el de poner en práctica el *sistema vicarial* o de sustitución de la pena por la medida de seguridad, aplicando en primer lugar la medida y computando el tiempo de cumplimiento de ésta al de la pena. El Tribunal, una vez descontado el tiempo de cumplimiento de la medida al de la pena, podrá suspender el resto de la pena que quedase por cumplir si se hubiera logrado el objetivo resocializador a través del previo cumplimiento de la medida.

El *art. 104 del NCP* admite la posibilidad de imponer penas y medidas de seguridad a los *sujetos semiimputables*, estableciendo que «la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el *art. 99*», es decir, el sistema vicarial. Aquí, conviene hacer tres consideraciones:

1.ª) Sólo podrá imponerse una medida de seguridad privativa de libertad al enfermo mental delincuente y peligroso, que se encuentre en una situación de semiimputabilidad, cuando la pena impuesta (atenuada) sea privativa de libertad. Puede suceder que el hecho cometido no se encuentre conminado con una pena privativa de libertad, y sin embargo la neutralización de la peligrosidad criminal del enfermo mental requiera la aplicación de una medida privativa de libertad (internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación o de educación especial), lo cual no será posible conforme a lo regulado en el NCP⁴⁰.

⁴⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La regulación de las medidas de seguridad*, cit., pág. 41.

2.^a) Además, la duración de la medida privativa de libertad, cuando proceda su imposición, no podrá exceder nunca de la duración de la pena privativa de libertad prevista por el CP para el delito, la correspondiente a la eximente incompleta. Se reproduce aquí lo que es una constante en la regulación de las medidas de seguridad en el NCP: la *confusión* entre la *pena y la medida de seguridad*, que se diferencian —conviene recordarlo— en su naturaleza (castigo, en la pena; tratamiento en la medida), fundamento (culpabilidad por el hecho cometido, en la pena; peligrosidad criminal, en la medida) y fines (de prevención general y especial, en la pena; de prevención especial, en la medida). Podrá darse que un enfermo mental delincuente, en situación de semiimputabilidad y de peligrosidad criminal, precise de la aplicación de una medida de internamiento en el correspondiente centro psiquiátrico, y que su tratamiento en el mismo debiera prolongarse —para conjurar la peligrosidad criminal— más allá del límite previsto en el CP para la pena privativa de libertad atenuada aplicable al semiimputable, y sin embargo tal posibilidad está vedada en el NCP.

3.^a) En los supuestos de *conurrencia entre pena y medida de seguridad privativas de libertad*, ha de observarse (cfr. art. 104 del NCP) lo dispuesto en el art. 99 del CP, es decir, el sistema vicarial⁴¹: 1.º) El Juez o Tribunal ordenará el *cumplimiento* de la *medida*, que se *abonará* al de la *pena*; y 2.º) Una vez *cumplida la medida* de seguridad, el Juez o Tribunal *podrá*, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, *suspender* el cumplimiento del *resto de la pena* por un plazo no superior a la duración de la misma, o *aplicar* alguna de las *medidas* previstas en el art. 105. Esta última mención, a la posibilidad de aplicar alguna de las medidas no privativas de libertad del art. 105, viene a ser perturbadora, cuando lo lógico sería remitirse sólo a la suspensión del resto de la pena privativa de libertad (cfr. arts. 80 y ss. del NCP) que quedase por cumplir⁴². Resultaba más precisa y coherente la formulación del sistema vicarial que nos ofrecía la *PANCP de 1983*, que en su art. 89 se refería a que «una vez cumplida la medida de seguridad, el órgano judicial podrá suspender el cumplimiento del resto de la pena, si por el tiempo transcurrido procediere la aplicación de la libertad condicional».

En todo caso, cabe señalar que el sistema vicarial es la solución idónea para resolver el grave problema de la concurrencia entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad, y por lo tanto, con los con-

⁴¹ Para una panorámica del sistema vicarial en el NCP, vid. SIERRA LÓPEZ, M. del V.: *Las medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal*, Valencia 1997, págs. 399 y ss.

⁴² Vid. por todos, GARCÍA ALBERO, R.: en AAVV, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, pág. 539.

dicionantes ya apuntados, el NCP se enmarca en la dirección actual hacia un sistema de vía única a nivel de ejecución entre pena y medida de seguridad privativas de libertad, mejorando la situación anterior⁴³.

1.3. *Las fórmulas legislativas acerca de la enfermedad mental.* Una cuestión fundamental en nuestro objeto de estudio, sobre las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales, se refiere a las *fórmulas legislativas* que se utilizan en el CP para determinar los supuestos de *inimputabilidad por enfermedad mental*.

La imputabilidad, de acuerdo con la doctrina penal dominante, comprende dos elementos: a) la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y b) la capacidad de dirigir la actuación del sujeto conforme a dicha comprensión⁴⁴. Por lo tanto, en la actualidad se ha superado la concepción tradicional sobre la imputabilidad, que se refería a «la capacidad de conocer y querer» (cfr. art. 88 del CP ital.). La doctrina penal había señalado, con razón, que la imputabilidad no puede equivaler a la simple capacidad de conocer y querer un resultado, pues conocimiento y vo-

⁴³ El art. 25-2.º de la derogada LPRS consagraba el denominado «*dualismo rígido*», y establecía que «si concurriera con las medidas de seguridad impuestas alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y ésta no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena». Para una crítica de esta regulación, vid. JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, cit., págs. 168 y ss.

La LO 8/1983, de 25 de junio, de *Reforma Urgente y Parcial del Código Penal*, introdujo —entre otras novedades— la incorporación de un nuevo párrafo a la atenuante prevista en el art. 9-1.ª del CPA para los semiimputables (relacionados con los números 1 y 3 del art. 8 del CPA), estableciendo que en el caso de concurrencia de la pena atenuada y medida privativa de libertad, «la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento». De esta manera, se venía a consagrar en nuestro CP el *sistema vicarial*, aunque en su regulación se olvidaba de la nota inherente a este sistema de satisfacer no sólo las exigencias de prevención especial, sino también las de prevención general relacionadas con el resto de la pena que quedaba por cumplir. Vid. CEREZO MIR, J.: *La reacción penal en relación con la criminalidad de los enfermos mentales: el artículo 9.1 del Código Penal*, en «Estudios sobre la moderna reforma penal española» del citado autor, Madrid, 1993, págs. 126 y 127. Conviene advertir que lo esencial del sistema vicarial radica en propiciar un *dualismo flexible* —un intercambio de la ejecución entre pena y medida de seguridad privativas de libertad— a través de la operación consistente en computar el tiempo de cumplimiento previo de la medida al de la pena, evitando una doble privación de libertad, sin olvidar —dentro de un régimen flexible— el resto de pena que quedase por cumplir y, por lo tanto, la necesidad de satisfacer también las exigencias de prevención general y de reafirmación del Derecho. Sobre el sistema vicarial, en general, vid. la obra fundamental de MARQUARDT, H.: *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Massregel*, 1972.

⁴⁴ Vid. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, P.G., 5.ª ed., 1998, pág. 579.

luntad de matar a otra persona o de sustraer una cosa puede darse en un loco⁴⁵. Lo más relevante, lo característico, para determinar la incapacidad de culpabilidad por enfermedad mental, radicará en la apreciación de la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho cometido o de actuar conforme a dicha comprensión. Esta ha sido la opción asumida por el NCP, al referirse expresamente en las eximentes 1.^a y 2.^a del art. 20 a la incapacidad de «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Esta opción, que cuenta con un amplio respaldo en la doctrina y en el Derecho Comparado⁴⁶, no se encuentra libre de ciertas objeciones, sobre todo, por parte de un importante sector de nuestra doctrina penal más moderna, que fundamenta la denominada «culpabilidad» no en la posibilidad de que el sujeto hubiera podido o no actuar de otra manera —algo indemostrable— sino en la accesibilidad —como por ej.: ante la ausencia de ciertas enfermedades o anomalías psíquicas— a la motivación por la norma penal⁴⁷.

En la legislación penal moderna se observa una marcada tendencia a ampliar el ámbito de las causas de inimputabilidad por razón de la enfermedad mental, admitiéndose dentro de las eximentes de responsabilidad criminal no sólo los supuestos de enfermedad mental en sentido estricto (las psicosis), sino también otros casos que abarcan distintas anomalías o perturbaciones psíquicas (por ej.: el parágrafo 20 del CP alemán se refiere a «otras anormalidades psíquicas graves»; el art. 20.1.º del NCP alude a «cualquier anomalía o alteración psíquica»; y el art. 20º.1 del CP portugués se remite a «una anomalía psíquica»). La progresiva ampliación de las eximentes de responsabilidad criminal por inimputabilidad, debida a la enfermedad mental del sujeto, llevará consigo un incremento del ámbito de aplicación de las medidas de seguridad a los enfermos mentales, con todos los problemas de garantías para el afectado y que ha llevado a importante sector doctrinal a reclamar para la aplicación de las medidas de seguridad los mismos principios garantizadores que informan la aplicación de las penas⁴⁸. Esta preocupación, como ya hemos visto anteriormente (por ej. en la formulación del principio de proporcionalidad), se ha proyectado —con las graves deficiencias apuntadas— en la regulación de las medidas de seguridad en el NCP.

⁴⁵ Vid. CÓRDOBA RODA, J.: en AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, I, 1972, págs. 208 y 209.

⁴⁶ Vid., entre otros, el CP alemán (parágrafo 20), el austríaco (parágrafo 10), el suizo (art. 10) y el portugués (art. 20.1).

⁴⁷ Vid. en este sentido crítico, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, E.: en el prólogo a la 2.^a ed. del CP, edit. Tecnos, Madrid 1996; MIR PUIG, P.G., cit., págs. 580 y 581; y MUÑOZ CONDE, F.: en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. P.G.*, 3.^a edic., Valencia 1998, págs. 404 y 405.

⁴⁸ Vid. MIR PUIG, S.: *P.G.*, cit., pág. 583.

Dentro del Derecho Penal comparado se pueden destacar tres fórmulas legislativas, que configuran los supuestos de inimputabilidad por razón de la enfermedad del sujeto: A) La biológica; B) La psicológica; y C) La mixta⁴⁹.

A) La *fórmula biológica* relaciona la exención de la responsabilidad criminal con la existencia de la enfermedad mental. Esta fórmula, que se plasmaba en el CP francés (art. 64) hasta el nuevo CP de 1994⁵⁰, tiene varios inconvenientes: que el enfermo mental, al margen de la conexión causal de la enfermedad con el delito cometido, sea exento de responsabilidad criminal, dando lugar a un criticable automatismo entre enfermedad mental e incapacidad de culpabilidad; y que la inimputabilidad quedaría limitada sólo a quienes padecieran una enfermedad mental en sentido estricto (psicosis), cuando en las praxis se admiten como supuestos de exención de responsabilidad criminal otros casos, como los relacionados con los psicópatas. Se cuestiona o se duda sobre la validez científica de la diagnosis acerca de la enfermedad mental en la que esta fórmula se fundamenta.

La fórmula biológica, en cuanto se limita a describir los datos existentes en la realidad relativos a la enfermedad mental (situaciones patológicas, morbosas...), tiene a su favor que proporciona un alto nivel de seguridad jurídica. La doctrina penal ha destacado que es sólo aparente el carácter unívoco de las fórmulas descriptivas. Pensemos en la fórmula del CPA (art. 8.1) del «enajenado», que se correspondía a la fórmula biológica pura, pero la doctrina y jurisprudencia interpretaron el art. 8.1.º del CPA en el sentido de la fórmula mixta biológico-psicológica⁵¹.

⁴⁹ Vid. TORÍO LÓPEZ, A.: *Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto «enajenación»*, en Estudios Jurídicos en honor del prof. O. PÉREZ-VITORIA, II, Barcelona 1983, págs. 973 y ss.

⁵⁰ El art. 64 del CP francés de 1810 eximía de responsabilidad criminal a quien se encontraba en una situación de demencia en el momento de la acción, es decir, acogía la fórmula biológica pura. A partir del CP de 1994, Francia acoge la fórmula mixta (biológico-psicológica), al establecerse en el art. 122.1 del CP francés de 1994 la exención de responsabilidad criminal para quien, en el momento de los hechos, se encuentre afectado por una perturbación psíquica o neuropsíquica (elemento biológico) que le hubiera abolido su discernimiento o el control de sus actos (elemento psíquico).

⁵¹ Vid. CÓRDOBA RODA, J.; en AA.VV., *Comentarios*, I, 1972, págs. 207 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español*, P.G., 8.ª ed., 1981, pág. 573. Nuestro TS ha exigido, para apreciar la eximente 1.ª del art. 8 de CPA, además del presupuesto biológico de la enajenación, que la enfermedad mental privase al agente de la inteligencia indispensable para comprender la antijuricidad o injusticia de sus actos —capacidad cognitiva de la ilícito— o de la voluntad necesaria para obrar conforme a ese conocimiento —capacidad volitiva, de comportarse de acuerdo con la comprensión de la antijuricidad— (STS 4.2.1964. En el mismo sentido, entre otras, las SSTS 19.11.1971, 16.6.1975, 12.5.1977, 2.11.1983, 20.10.1987, 21.1.1988 y 24.10.1997).

B) La *fórmula psicológica* se caracteriza por hacer depender la exención de responsabilidad criminal de la incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Aquí, la enfermedad mental no es presupuesto para la exención de la responsabilidad criminal. Se ha señalado que esta fórmula es más bien una fórmula normativa, siendo fundamental en la misma la determinación de si en el momento de la comisión del hecho el autor era capaz o no de atender a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Esta fórmula facilita una jurisprudencia más libre que en la fórmula anterior (la biológica), quedando englobado el juicio sobre la imputabilidad en la fórmula genérica de la capacidad del sujeto para autodeterminarse por el mandato normativo y, en todo caso, fuera de cualquier comprobación empírica. La aplicación de esta fórmula da lugar a una excesiva discrecionalidad judicial, y dificulta la posibilidad de una jurisprudencia uniforme, resultando contraria a las exigencias de taxatividad. Se postula en la jurisprudencia inglesa y norteamericana⁵².

C) La *fórmula mixta* (biológico-psicológica), requiere para la exención de la responsabilidad criminal la concurrencia de dos presupuestos: primero, una base psicopatológica (elemento biológico), que se constatará por la Psiquiatría; y segundo, que esa causa psicopatológica determine que el autor, en el momento de la comisión del hecho delictivo, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (elemento psicológico). En este segundo presupuesto la competencia es exclusiva de los Tribunales de justicia, quienes —con el apoyo de los dictámenes periciales de la Psiquiatría— han de comprobar si el autor del delito podía o no responder a la motivación normativa.

La fórmula mixta se ha impuesto en la mayor parte de las legislaciones penales de nuestro entorno cultural y en el NCP (art. 20.1.º, 2.º y 3.º). En el Derecho Penal comparado, siguen la fórmula mixta, entre otros, los CP de Austria (parágrafo 11), Francia (art. 122-1), Portugal (art. 20), República Federal de Alemania (parágrafo 20) y Suiza (art. 10).

La fórmula mixta tiene ciertas ventajas respecto de las otras fórmulas: frente a la biológica, la mixta requiere que la relevancia de la anomalía o alteración psíquica del sujeto sea constatada también en relación con el hecho concreto; y frente a la psicológica, la mixta tiene en

⁵² Sobre el tratamiento penal de la enfermedad mental en Norteamérica, vid. SEGURA GARCÍA, M.J.: *Retribución y prevención en el tratamiento legal del enfermo mental delincuente en los Estados Unidos de América: aspectos penales y procesales de la denominada insanity defense*, en CPC n.º 58 (1996), págs. 218 y ss.

cuenta las perturbaciones psíquicas recogidas en el CP, que son susceptibles de ser investigadas por la Psiquiatría y Psicología, y por ello cumple más satisfactoriamente con las exigencias de seguridad jurídica⁵³.

Sin embargo, la fórmula mixta (biológico-psicológica) no está exenta de ciertos reparos, y uno de ellos, el más importante, es el riesgo de que en la práctica se convierta, al utilizar cláusulas generales para configurar el elemento biológico, en una fórmula meramente psicológica o normativa, con todos los inconvenientes que ello conllevaría. Y es que, como señala cierto sector doctrinal⁵⁴, cuanto menos definido se encuentre a nivel legislativo el dato clínico (enfermedad mental: perturbaciones psíquicas), tanto más relevancia tendrá el elemento psicológico, llegando a ser éste el único parámetro real de referencia para emitir el juicio de imputabilidad del sujeto y para apreciar, consecuentemente, en su caso, su posible inimputabilidad. Esto es lo que sucederá, previsiblemente, en la práctica con la fórmula mixta que se consagra en el art. 20.1.º del NCP, cuando éste se refiere a la exención de responsabilidad criminal de quien «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». El acento decisivo, como señala Rodríguez Mourullo⁵⁵, se pone ahora sobre el efecto psicológico y no sobre la enfermedad mental como acontecía con la derogada eximente del enajenado.

Conviene destacar que no existe en la ciencia psiquiátrica un concepto unitario sobre la enfermedad mental, que pueda ser incorporado con la precisión necesaria al CP dentro del elemento biológico de una fórmula mixta, llegándose como máximo en la situación actual de la Psiquiatría a coincidir —como punto de referencia o lugar común de consenso— en los criterios nosológicos que, para clasificar las enfermedades mentales, nos proporcionan la Organización Mundial de la Salud (CIE-10) y la Asociación Psiquiátrica Americana (DSM-IV)⁵⁶. Es-

⁵³ Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, A.T., cit., pág. 437.

⁵⁴ Vid. BERTOLINO, M.; *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano 1990, pág. 184.

⁵⁵ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; en AA.VV., *Comentarios*, edit. Civitas, 1997, pág. 89.

⁵⁶ Cabe advertir que estas clasificaciones sobre enfermedades mentales, que son las que poseen una mayor vigencia en el momento actual, tienen un carácter provisional pues dependen de los constantes avances científicos en la Psiquiatría. Debe tenerse en cuenta también que lo más relevante para el médico forense no es el establecimiento de una relación exacta entre un diagnóstico y una conducta delictiva, sino la relación entre las facultades psicológicas del sujeto y los hechos que se le imputan. Por lo tanto, las aportaciones de los grandes sistemas nosotáxicos, de clasificación de las enfermedades mentales, tienen sólo un interés científico, que ha de completarse con un exhaustivo estudio psicopatológico de la personalidad del sujeto. Para una síntesis

to explica que el legislador penal acuda al empleo de cláusulas generales a los efectos de configurar el presupuesto biológico de las mencionadas fórmulas legislativas, aunque esta técnica legislativa no deja de plantear problemas de seguridad jurídica.

En definitiva, el enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad ya no se considera, como antes, una materia de psiquiatras, sino que se entiende ahora como una cuestión jurídica, que ha de resolverse por el Juez o Tribunal con la ayuda del perito en Psiquiatría o Psicología⁵⁷. Lo relevante del juicio sobre la incapacidad de culpabilidad del enfermo mental, en el que el perito tendrá un cierto protagonismo, partirá de la comprobación de la enfermedad mental, y luego será preciso constatar si en ese caso concreto la perturbación psicológica del sujeto es de tal intensidad que haya modificado de forma tan profunda su personalidad que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión⁵⁸. Al final, lo decisivo será la cuestión sobre la falta de capacidad del enfermo mental para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión⁵⁹, que no tiene solución desde un punto de vista empírico y sólo admite una respuesta normativa⁶⁰. La razón de que el legislador penal incluya, dentro del modelo imperante de la «fórmula mixta», un elenco de perturbaciones o anomalías psíquicas —bajo la discutible técnica de cláusulas generales, inevitable en tales casos por la naturaleza de las cosas—, se debe a la necesidad de condicionar la discrecionalidad judicial a la hora de apreciar la inimputabilidad del sujeto, debiendo comprobarse primero que concurren en el caso concreto esas situaciones psicopatológicas (elemento biológico) y luego apreciar, como consecuencia de las mismas, la falta de capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (elemento psicológico o normativo). De esta manera, se podrán satisfacer mejor las necesidades de seguridad jurídica y evitar declaraciones de inimputabilidad sin las comprobaciones —diagnósticos psiquiátricos— suficientes⁶¹.

sobre las categorías diagnósticas del DSM-IV (de la Asociación Psiquiatría Americana) y de la CIE-10 (de la Organización Mundial de la Salud), vid. el capítulo 81 («Clasificación de las enfermedades mentales»), por A. SÁNCHEZ BLANQUE, J.A., GIBERT CALABUIG y M.S. GIBERT GRIFO, en J.A. GIBERT CALABUIG, *Medicina Legal y Toxicología*, 5.ª ed., Masson, Barcelona 1998, págs. 962 y ss.

⁵⁷ Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, A.T., cit., pág. 442.

⁵⁸ Vid. en este sentido, STS 22.5.1997.

⁵⁹ Vid. ROXIN, CL.: *Strafrecht*, A.T., I, 3.ª ed., 1997, pág. 758.

⁶⁰ La STS 3.5.1995, declara que «en la doctrina médico-psiquiátrica son considerables las opiniones de ilustres médicos forenses que sostienen que la cuestión sobre la capacidad de comprensión de la ilicitud y de comportarse de acuerdo con ella carece de respuesta desde un punto de vista empírico, razón por la cual sólo cabría una respuesta normativa».

⁶¹ Vid. en este sentido, ROXIN, CL.: *ob. ult.*, cit., pág. 759.

2. Los supuestos de aplicación de las medidas de seguridad a los enfermos mentales en el NCP

2.1. El NCP contempla la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a los *sujetos peligrosos inimputables* (arts. 101 a 103, en relación con las eximentes previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20) y *semiimputables* (art. 104, en los supuestos de *eximente incompleta* en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20). Conviene tener presente que la aplicación de las medidas de seguridad a tales supuestos estará condicionada a las exigencias requeridas por el NCP: 1.ª) que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (art. 95.1.1.ª); 2.ª) que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2.ª); 3.ª) que los tribunales de justicia sólo podrán acordar medidas de seguridad no privativas de libertad (las previstas en el art. 105), cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad (art. 95.2); y 4.ª) que la aplicación de las medidas de seguridad sólo será procedente cuando fuere necesario para prevenir la peligrosidad del autor (inciso final del art. 6.2).

En relación con los sujetos *inimputables* (arts. 101-103), el NCP nos remite a los tres supuestos de eximente completa recogidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20.

2.2. La *eximente del n.º 1.º del art. 20* del NCP se refiere, en su primer párrafo, a quien «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Por lo tanto, el NCP abandona la fórmula teóricamente biológica del CPA («*el enajenado*» de la eximente 1.ª del art. 8 del CPA), y se consagra la *fórmula mixta biológico-psicológica* que se refiere a: «*cualquier anomalía o alteración psíquica*» (elemento biológico), que sea la causa de que el sujeto «*no pueda comprender* la ilicitud del hecho o *actuar* conforme a esa comprensión» (elemento psicológico o normativo).

El *elemento biológico* de la fórmula prevista en el n.º 1 del art. 20 del NCP, que se refiere a «*cualquier anomalía o alteración psíquica*», se caracteriza por su amplitud, dando lugar a que en el mismo se puedan incluir no sólo los supuestos relativos a las enfermedades mentales en sentido estricto (las psicosis), sino también todos aquellos supuestos relacionados con anomalías o alteraciones psíquicas que no sean reconducibles al concepto de enfermedad mental en sentido estricto, como por ej. las psicopatías (perturbaciones de carácter afectivo, de la voluntad y de la vida afectiva), siempre y cuando puedan producir el efecto

psicológico de la incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión⁶². Los términos de anomalía o alteración psíquica, que vienen a sustituir al tradicional y discutible del enajenado mental del CPA⁶³, no se superponen con ninguno del léxico psiquiátrico y equivalen al de enfermedad mental en sentido amplio⁶⁴. Por lo tanto, la vaguedad de esos conceptos, teniendo en cuenta que el legislador español de 1995 utiliza unos términos que nada tienen que ver con la nosología psiquiátrica, permitirá a los tribunales de justicia incluir dentro del ámbito de aplicación de esta eximente 1.ª del artículo 20 del NCP situaciones muy diversas, como las del esquizofrénico, del retrasado mental o del psicópata⁶⁵. La amplitud y vaguedad que informa la configuración del elemento biológico de esta eximente es tal que, como señala cierto sector doctrinal⁶⁶, en el mismo podrían considerarse comprendidos los otros dos supuestos de inimputabilidad recogidos en las eximentes de responsabilidad criminal de los números 2 y 3 del art. 20 del NCP.

Por otra parte, cabe destacar, de acuerdo con Cerezo Mir⁶⁷, que la nueva regulación puede presentar problemas desde el punto de vista de la *seguridad jurídica*, ya que impera una evidente imprecisión a la hora de describir el elemento biológico de la eximente del n.º 1 del art. 20 del NCP. La esencia de esta eximente radicará en su elemento psicológico, que es donde se dilucidará por parte de los tribunales de justicia el auténtico alcance de la eximente en cuestión: cuando se determine si la anomalía o alteración psíquica tiene o no la suficiente entidad como para impedir que el sujeto comprenda la ilicitud del hecho o que se comporte de acuerdo con esa comprensión. En todo caso, es preciso re-

⁶² Vid. En este sentido, entre otros, LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal y la voluntad del legislador*, 1996, pág. 52; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. AAVV: *Comentarios*, cit., edit. Civitas 1997, pág. 89; MUÑOZ CONDE, F. en MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *P.G.*, cit., pág. 414.

⁶³ La eximente de «enajenación mental» (art. 8-1.ª del CPA) fue incorporada al CP de 1932 por el psiquiatra SANCHÍS BANÚS y perduró hasta la entrada en vigor del CP de 1995. Para un análisis crítico de esta fórmula, destacando incluso su posible inconstitucionalidad y la necesidad de ser abandonada en un NCP, vid. TORIO LÓPEZ, A.: *Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental*, cit., págs. 970 y ss.

⁶⁴ Vid. GISBERT CALABUIG, J.A.: *Imputabilidad, en Medicina Legal y toxicología*, 5.ª ed., 1998, cit., pág. 921.

⁶⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, F., en *ob. lug. ult. cit.*

⁶⁶ En este sentido, destaca SÁNCHEZ YLLERA —en AAVV *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, pág. 144— que podrían haberse reconducido todas las causas de los números 1, 2 y 3 a un solo apartado, pero por razones históricas (alteraciones en la percepción) y prácticas (toxicomanías) estas circunstancias tienen relevancia suficiente para aparecer de forma expresa y separada en el CP, aunque con la misma virtualidad que las anomalías o alteraciones psíquicas.

⁶⁷ Vid. CEREZO MIR, J.: *Derecho Penal*, P.G. (Leccs. 26-40), UNED, 1997, cit., pág. 38.

conocer que la fórmula mixta (biológico-psicológica) del n.º 1 del art. 20 del NCP mejora la situación del CPA, y se ubica en la dirección de las legislaciones penales de nuestro orbe cultural.

En cuanto a la relevancia jurídico-penal del elemento psicológico de esta eximente, seguirán rigiendo los criterios jurisprudenciales que hasta ahora mantiene nuestro TS sobre la perturbación mental del sujeto activo de una infracción punible: admitir la eximente completa, la incompleta o la simple atenuación de la responsabilidad criminal cuando de alguna manera se produzca la carencia absoluta de todas las facultades intelectivas o volitivas en el primer caso, o la privación medianamente intensa o simplemente leve en los otros dos supuestos (SSTS 22.12.1994 y 26.5.1995).

El párrafo 2.º de la eximente del n.º 1 del art. 20 del NCP se refiere expresamente al «*trastorno mental transitorio*», que «no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiere previsto o debido prever su comisión», aludiendo así a «*la actio libera in causa*». Aquí, acerca de la referencia del NCP al trastorno mental transitorio, procede formular las consideraciones siguientes: 1.ª) El trastorno mental transitorio, que en el CPA (art. 8-1.ª) tenía su propia individualidad respecto de la enajenación mental, ahora en el NCP queda comprendido en la categoría de «cualquier alteración psíquica»⁶⁸; 2.ª) Se mejora considerablemente la *cláusula relativa* a la *actio libera in causa*, pues en el NCP se contemplan no sólo los supuestos de *provocación dolosa* («con el propósito»), que sí se recogían en el CPA, sino también los casos de *provocación imprudente* («hubiera previsto o debido prever su comisión»). Además, el NCP es más preciso que el CPA pues se refiere a la *provocación del delito concreto* y no al mero «propósito para delinquir», del que nos hablaba el art. 8.1.º del CPA. El término delito ha de entenderse aquí en un sentido amplio, comprendiendo las faltas⁶⁹; 3.ª) La inaplicación de la eximente, por concurrir los requisitos de la *actio libera in causa*, dará lugar a la correspondiente responsabilidad penal a título de dolo o de imprudencia, conforme a la naturaleza de la provocación del delito; y 4.ª) Ahora en el NCP, a diferencia con lo que sucedía en el CPA, será posible la aplicación de medidas de seguridad al sujeto que se encuentre en una situación de la eximente de trastorno mental transitorio⁷⁰.

⁶⁸ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. en AAVV *Comentarios*, 1997, cit., págs. 89 y 90.

⁶⁹ Vid. MIR PUIG, S., *PG*, cit., pág. 604, quien considera que «una interpretación teleológica impide admitir que quede exento de responsabilidad criminal quien provoque el trastorno para cometer una «falta», por lo que habrá que entender el término «delito» en un sentido amplio».

⁷⁰ Vid. GRACIA MARTÍN, L.: en AA.VV, *Lecciones*, cit., págs. 312 y 313.

El trastorno mental transitorio, según reiterada doctrina del TS, se caracteriza, entre otras notas, por lo siguiente: su origen, no necesariamente patológico; su aparición brusca e inesperada; por la irrupción de la insania en el intelecto del sujeto, con abolición consecutiva de sus facultades cognitivas o volitivas, o por la merma considerable de las mismas; por su breve duración; por la curación sin secuelas o por el retorno a la situación de discreta y subyacente anormalidad anterior; y, finalmente, por la ausencia de preordenación a la comisión del delito (SSTS 22.2.1991, 10.10.1996 y 6.10.1997).

La razón de ser de esta mención específica del NCP al trastorno mental transitorio se debe, según un sector doctrinal⁷¹, a que tal situación —a diferencia de lo que ocurre con los otros supuestos de la eximente del n.º 1 del art. 20— puede tener su origen en la conducta voluntaria del sujeto peligroso y de ahí que se recoja la cláusula relativa a la *actio libera in causa*.

Por último, es preciso destacar que, bajo la nueva fórmula mixta del n.º 1 del art. 20 del NCP, seguirá vigente —y si cabe ahora con mayor razón y claridad⁷²— la tesis jurisprudencial de que los elementos biológico y psicológico tienen un distinto tratamiento en casación: el primero es intangible en la vía del n.º 1.º del art. 849 de la LECR, mientras que el segundo, considerado un juicio de valor o de inferencia, puede ser reconsiderado en casación por el TS (SSTS 26.5.1995 y 12.3.1996).

2.3. *La eximente del n.º 2 del art. 20 del NCP se refiere a quien «al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión».*

La eximente del n.º 2 del art. 20 del NCP contempla dos importantes supuestos relacionados con las toxicomanías: 1.º) Los casos de *intoxicación plena* por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, ...; y 2.º) Los supuestos en que el sujeto se encuentre bajo el *síndrome de abstinencia*.

⁷¹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob.ult.cit.*, pág. 90, y SÁNCHEZ YLLERA, I.: *ob.ult.cit.*, pág. 120.

⁷² Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. cit.*, pág. 91.

En realidad, como apunta cierto sector doctrinal⁷³, estos supuestos de la eximente del n.º 2 del art. 20 del NCP podrían ser reconducidos al ámbito de la eximente del n.º 1, aunque se llega a reconocer que su previsión específica cumple un importante papel clarificador y necesario respecto de la doctrina jurisprudencial sobre toxicomanías⁷⁴.

En cuanto a la *intoxicación plena* por el consumo de drogas tóxicas, el NCP le reconoce el carácter de eximente completa siempre y cuando se produzcan los efectos psicológicos de anulación total de las facultades cognoscitivas o volitivas del sujeto («intoxicación plena»), y con la salvedad de que tal situación no hubiera sido buscada con el propósito de cometer la infracción penal o no se hubiese previsto o debido prever su comisión («*actio libera in causa*», en los mismos términos del párrafo 2.º de la eximente 1.ª del art. 20).

En segundo lugar, el n.º 2 del art. 20 del NCP se refiere a la eximente relacionada con el actuar bajo el *síndrome de abstinencia*. Así, el NCP deja claro, frente a la reticente tesis jurisprudencial anterior a la vigencia del NCP⁷⁵, que a la conducta de quien se encuentra bajo el síndrome de abstinencia se le podrá aplicar una eximente completa de responsabilidad criminal, eso sí, siempre que esa especial situación le impida al drogodependiente comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. La no previsión en estos supuestos (de síndrome de abstinencia) de la salvedad de la *actio libera in causa*, puede encontrarse⁷⁶ en que el legislador ha pretendido salir al paso de cierta tendencia jurisprudencial de excluir, en tales casos, la exención de responsabilidad criminal por entender que el drogodependiente, consciente de que está abocado al síndrome de abstinencia, prefiere ampararse en una situación de inimputabilidad que él mismo ha provocado⁷⁷. Sin embargo, se puede pensar que será de escasa aplicación la eximente completa si el TS persiste en la citada doctrina jurisprudencial⁷⁸.

⁷³ Vid. entre otros, CEREZO MIR, J.: *Derecho Penal, P.G.*, UNED, cit., pág. 49.

⁷⁴ Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios*, 1997, cit., págs. 91 y 92.

⁷⁵ Nuestro TS ha sido partidario, bajo la vigencia del CPA, de apreciar una atenuación de responsabilidad criminal, como eximente incompleta o atenuante analógica, en los casos en que el drogodependiente se encuentre bajo el síndrome de abstinencia (SSTS 15.1.1986, 23.3.1987, 12.9.1991, 19.2.1993, 20.7.1994, 28.9.1995 y 20.12.1996). En tales casos, sólo se ha apreciado, excepcionalmente, la eximente completa, es decir, cuando la exasperación del síndrome de abstinencia ha determinado una absoluta anulación de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto (SSTS 23.3.1988, 3.5.1991 y 8.4.1995).

⁷⁶ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob.ult.cit.*, pág. 94.

⁷⁷ Vid. SSTS 30.11.1981, 22.12.1982, 3.5.1983 y 4.7.1985. Cfr. STS 2.3.1985.

⁷⁸ Vid. LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 la voluntad del legislador*, cit., pág. 52.

El TS considera que el tratamiento jurídico de la toxicomanía ha de adaptarse a la nueva regulación del CP de 1995, pudiendo distinguirse tres estadios (STS 17.12.1997): 1.º) El consumo de drogas puede ocasionar verdaderas psicosis, con deterioros cerebrales que eliminan la imputabilidad del sujeto. La solución legal para el caso de que cometa un delito en tal estado se encuentra en la aplicación del art. 20.1 como incurso en «anomalías o alteraciones psíquicas», siempre que concurra el requisito de no comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión. La intoxicación plena por consumo de drogas puede ocasionar una absoluta anulación de las facultades del sujeto que le produzcan un estado de imputabilidad absoluta, lo que ocasionará la aplicación del art. 20.1 y su exención de responsabilidad en aquéllos escasos supuestos en que el delito puede cometerse en tal estado. Actuar bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de la dependencia del sujeto a las drogas, cuando le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, también llevaría aparejada la concurrencia del art. 20.2 CP; 2.º) Cuando la intoxicación no produzca plenos efectos sobre la capacidad de comprensión del ilícito o sobre la actuación conforme a esa comprensión cuando la intoxicación por consumo de drogas no sea plena, o cuando actúe bajo el síndrome de abstinencia, teniendo su imputabilidad sensiblemente disminuida, aunque no anulada, ya que podría con grandes esfuerzos haber actuado de otro modo, sería aplicable la eximente incompleta del art. 21.1 CP; y 3.º) La simple atenuante del número 2 del art. 21 sólo debe aplicarse cuando el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las drogas tóxicas..., debiendo incluirse también los supuestos de síndrome de abstinencia leve, en que la imputabilidad está disminuida pero en grado menor...»⁷⁹.

2.4. *La eximente del n.º 3 del art. 20 del NCP* reproduce literalmente la eximente prevista en el art. 8.3.ª del CPA: «el que, por sufrir altera-

⁷⁹ La STS 19.2.1998 resume la nueva panorámica legal sobre las toxicomanías y considera que el CP de 1995 ha recogido la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, al configurar como circunstancia eximente la intoxicación plena por consumo de drogas y el síndrome de abstinencia (art. 20.2.º) y como atenuante ordinaria en el art. 21.2.º la de grave drogadicción a alguna de las sustancias mencionadas en el art. 20.2.º. Con ello, añade la citada STS, se otorga respaldo legal a la trilogía de efectos penales que la doctrina jurisprudencial venía aplicando a la delincuencia funcional de los drogodependientes: a) eximente completa del art. 20.2.º para los supuestos de intoxicación plena o síndrome de abstinencia que impiden comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión; b) la eximente incompleta del art. 21.1.º para los supuestos de intoxicación semiplena o síndrome de abstinencia no totalmente inhabilitante; y c) atenuante ordinaria para los supuestos de grave adicción, no siendo técnicamente correcto, con el NCP, aplicar en estos supuestos de drogadicción, ni la atenuante analógica ni la atenuante muy cualificada. Cfr. en el mismo sentido, STS 2.2.1999.

ciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

Esta eximente proviene de la fórmula introducida en el CPA por la LO de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, de 25.6.1983, que vino a sustituir la tradicional del «sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción», que se había consagrado en el CP de 1932. La reforma penal de 1983 había pretendido ampliar el ámbito de la eximente más allá de los casos de la sordomudez, pudiendo comprender con la nueva y actual fórmula otros supuestos de aislamiento mental o de defecto profundo de la valoración⁸⁰.

La aplicación de la eximente del n.º 3 del art. 20 del NCP parece requerir, en principio, la concurrencia de los elementos biológico (sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia) y psicológico (que cause una alteración grave de la conciencia de la realidad), considerándose que este último se refiere a la falta de conciencia de lo justo o lo injusto⁸¹. La reciente sentencia de 9.2.1998 declara que «en cuanto a la eximente recogida en el art. 20.3.º, la jurisprudencia ha ido evolucionando y no ciñe la alteración de la percepción a defectos sensoriales o biológicos del individuo, abriéndose a supuestos en que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas o graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo a la sociedad». Lo relevante para apreciar esta eximente será no tanto la deficiencia o enfermedad mental del sujeto como su situación de incomunicación, defecto de la percepción de la realidad desde el nacimiento o desde la infancia, que le impida a aquél conocer la realidad circundante y el motivarse por el mandato normativo⁸².

De acuerdo con el grado de la gravedad de la alteración, se podrá aplicar la eximente incompleta (art. 21.1 del NCP) o, en los casos de menor intensidad de la alteración, la atenuante analógica a la eximente incompleta conforme al art. 21.6 del NCP (STS 5.10.1989).

Cabe señalar que, teniendo en cuenta la amplitud de la eximente del n.º 1 del art. 20 del NCP y la similitud con el elemento psicológico (incapacidad de comprensión de lo ilícito del hecho) de las eximentes pre-

⁸⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: *La reforma penal de 1983*, por QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, Barcelona 1983, págs. 75 y ss.

⁸¹ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en AAVV: *Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)*, I, edit. Trivium, Madrid 1997, págs. 633 y 634; MORALES PRATS, F.: en AA.VV.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, pág. 152. Vid. STS 14.3.1987.

⁸² Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *P.G.*, cit., pág. 408; QUINTERO OLIVARES, G.: *Locos y culpables*, cit., págs. 118 y ss. Vid. SSTS 20.4.1987, 5.10.1989, y 18.10.1993.

vistas en los números 1 y 3 del mencionado precepto, resulta superfluo el haber mantenido en el NCP la exigente de la alteración de la percepción cuando, además, su aplicación bajo la vigencia del CPA había sido prácticamente nula⁸³.

2.5. *Los supuestos de semiimputabilidad.* El art. 104 del NCP contempla la posibilidad de aplicar las medidas de seguridad previstas para los inimputables, en los arts. 101-103, a los *sujetos semiimputables*, es decir, a los supuestos de *eximente incompleta* (atenuante 1.ª del art. 21) en relación con los supuestos de eximente completa previstos en los núms. 1.º («cualquier anomalía o alteración psíquica»), 2.º («intoxicación plena por el consumo de drogas o actuar bajo el síndrome de abstinencia») y 3.º («alteración de la percepción»), en los que el enfermo mental delincuente y criminalmente peligroso tiene disminuida su capacidad de culpabilidad (de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión).

Por último, conviene destacar que, por razones derivadas del principio de legalidad, no será posible imponer medidas de seguridad en aquellos supuestos en que las *eximentes incompletas* —art. 21.1.ª relacionado con los números 1, 2 y 3 del art. 20 del NCP— se apliquen como atenuantes analógicas (art. 21.6.ª del NCP), pues se tratarían de supuestos no previstos en la ley, es decir, en el Capítulo II del Título IV del NCP que circunscribe el ámbito de aplicación de las medidas sólo a sujetos declarados exentos de responsabilidad criminal conforme a los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20 del NCP (eximentes completas para inimputables: arts. 101-103) y a quienes se les pueda aplicar una eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20 del NCP (semiimputables: art. 104). Sin embargo, cierto sector doctrinal⁸⁴, al analizar la posibilidad de imponer medidas de seguridad a quienes se les haya apre-

⁸³ Vid., por todos, CEREZO MIR, J.: *Derecho Penal*, P.G. (Leccs. 26-40), UNED, cit., pág. 53, quien señala, con razón, que esta exigente de alteraciones en la percepción no debería haberse incluido en el NCP: por una parte, el sujeto al que podría declararse inimputable por apreciar esta eximente padece «una alteración psíquica»; y, por otro lado, una interpretación sistemática de las eximentes que comprenden las causas de inimputabilidad, por enfermedad mental, y una interpretación teleológica (restrictiva) de la eximente 3.ª, llevan a requerir la concurrencia del elemento psicológico común (incapacidad de comprender la ilicitud del hecho) también para el supuesto de la eximente del n.º 3 del art. 20, relativa a las alteraciones en la percepción.

⁸⁴ Así, GOYENA HUERTA, en AA.VV.: *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona 1997, págs. 112 y 113. Las razones alegadas para postular la posibilidad de imponer medidas de seguridad a quienes se les ha aplicado la atenuante 2.ª del art. 20, y que podrían extrapolarse a los casos de atenuante analógica en relación con la eximentes incompletas, son tres: 1.ª) Que la solución contraria vulneraría el principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE), pues no parece muy justificado fijar medidas de seguridad para quienes se les aprecie una eximente incompleta de

ciado la polémica atenuante 2.^a del art. 21 del NCP (relativa a la grave adicción a las drogas mencionadas en el n.º 2 del art. 20), considera que cabe aplicar las medidas de seguridad a quienes se les haya reconocido la atenuante 2.^a del art. 21, o la atenuante analógica del mismo precepto. La vigencia del principio de legalidad en materia penal (cfr. arts. 4.1 y 95.1 del NCP) y la propia voluntad del legislador de 1995, no permiten aceptar la mencionada tesis. En efecto, en el mismo proceso legislativo para la elaboración del NCP se suprimió del art. 104 la referencia a la atenuante analógica, estimándose que al haberse introducido la toxicomanía como atenuante (art. 21.2.^a) ya no cabe prever situaciones de atenuación analógica respecto de los núms. 1, 2 y 3 del art. 20 que no puedan ser reconducidas a la exigente incompleta del art. 21.1.^a⁸⁵.

toxicomanía y negar esas mismas medidas a quienes sólo se les ha reconocido la atenuante 2.^a del art. 21; 2.^a) Uno de los objetivos del NCP (Exposición de Motivos) es «alcanzar los objetivos de resocialización que la Constitución asigna», y difícilmente se podrá lograr ese objetivo en el ámbito de las toxicomanías, si sólo se confiere la posibilidad de someterse a un tratamiento deshabitador a los reos que gocen de una exigente completa o incompleta; y 3.^a) Una interpretación sistemática del CP, pues en los casos relativos a la toxicomanía los arts. 87 y ss. imponen con carácter obligatorio la sumisión a un tratamiento desintoxicador en los supuestos de ejecución de pena.

Estas sugerentes reflexiones han de ser tenidas en cuenta en el plano de lege ferenda, pero desde la perspectiva de lege lata no pueden ser compartidas. En efecto, el respeto de principio de legalidad hace inviable que se pueda entender que sea posible imponer medidas de seguridad a los enfermos mentales delincuentes y peligrosos que se encuentren en una situación de exigente incompleta aplicable como *atenuante analógica*: 1.º) El art. 4.1 del NCP establece que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», que prohíbe incluso la analogía in bonam partem y no permite apreciar delitos o estados peligrosos o imponer penas o medidas de seguridad invocando la analogía (vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: en AA.VV.: *Comentarios*, 1997, cit., pág. 35. Cfr. MIR PUIG, S.: *P.G.*, cit. pág. 88 quien considera que el art. 4.1 del NCP puede interpretarse en el sentido de que se refiere a las «leyes penales» en sentido estricto, las que imponen penas o las agravan); y 2.º) El art. 95.1 del NCP sólo permite aplicar las medidas de seguridad a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo II del Título IV del Lib. I del NCP, es decir, a las personas que se hayan declarado exentas de responsabilidad criminal conforme a los números 1, 2 y 3 del art. 20 del NCP (vid. arts. 101-103) y a los supuestos de exigente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 del art. 20 del NCP, pero no a los casos de atenuante analógica (art. 21.6.^a del NCP) en relación con estas exigentes incompletas. Cfr. SSTS 13.6.1990, 29.4.1991, 29.1.1992, y 25.10.1994, que admitieron, bajo la vigencia del CPA, la aplicación de medidas de seguridad a los casos de atenuante analógica en relación con las exigentes incompletas.

⁸⁵ Vid. GARCÍA ALBERO, R. En AAVV *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 540, quien destaca, además, que en el caso de concurrir sólo la atenuante 2.^a del art. 21 (actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el núm. 2.º del art. 20), serán suficientes con las vías ofrecidas por el art. 87 del NCP para los supuestos de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubieren cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el núm. 2.º del art. 20.

3. Las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales en el NCP.

Las medidas de seguridad que se pueden imponer, con arreglo al NCP, son *privativas y no privativas de libertad* (art. 96.1). Las *privativas de libertad* son las de *internamiento* en centro psiquiátrico, en centro de deshabitación y en centro educativo especial (art. 96.2). Las *medidas no privativas de libertad* son las recogidas en el art. 96.3⁸⁶, que incluye «las demás previstas en el art. 105». Para un mejor estudio de las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales, distinguiremos las que se pueden imponer a los inimputables de las aplicables a los semiimputables.

3.1. Dentro del régimen general de aplicación de las medidas de seguridad previstas para los sujetos inimputables (arts. 101-103 del NCP), conviene tener presente los aspectos siguientes:

1.º) A los supuestos declarados exentos de responsabilidad criminal conforme a los núms. 1.º, 2.º y 3.º del art. 20 del NCP, se les podrán aplicar, en el caso de que fueran *necesarias*, las *medidas privativas de libertad* previstas para cada supuesto, siempre que la *pena* abstractamente aplicable al hecho cometido fuere *privativa de libertad* (cfr. arts. 6.2, 95.2 y 101-103). No deja de ser criticable que la posibilidad de imponer, por ejemplo, una medida de *internamiento* en un *centro psiquiátrico* a un *enfermo mental*, inimputable y criminalmente peligroso, dependa de que la *pena* aparejada al delito cometido sea *privativa de libertad*.

⁸⁶ Según el art. 96.3 del NCP son medidas no privativas de libertad: 1.ª) La prohibición de estancia y residencia en determinados lugares; 2.ª) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; 3.ª) La privación de licencia o del permiso de armas; 4.ª) La inhabilitación profesional; 5.ª) La expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España; y 6.ª) Las *demás previstas en el artículo 105 del este Código*. Por su parte, el art. 105 recoge las siguientes medidas no privativas de libertad: la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario (art. 105.1.a); la obligación de residir en un lugar determinado (art. 105.1.b); la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe (art. 105.1.c); la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas (art. 105.1.d); la custodia familiar (art. 105.1.e); el sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares (art. 105.1.f); la nueva medida, incorporada por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE, de 10-junio-1999), que se refiere a la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos (art. 105.1.g); la privación de la licencia o del permiso de armas (art. 105.2.a) y la privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores (art. 105.2.b). El NCP establece topes temporales de duración de estas medidas: de cinco años para las previstas en el art. 105.1, y hasta diez años para las recogidas en el art. 105.2.

2.º) Cuando la *pena* que hubiera podido imponerse por el delito cometido *no fuere privativa de libertad*, el Juez o Tribunal —según establece el art. 95.2 del NCP— sólo podrá acordar alguna o algunas de las *medidas no privativas de libertad* previstas en el art. 105 del NCP, que no se corresponden con las recogidas en el art. 96.3 del NCP, donde sí se contemplan las medidas del art. 105⁸⁷.

3.º) Las *medidas privativas de libertad* «no podrán exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo»⁸⁸. Esta normativa, que es un desarrollo de la regla general sobre la proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad (art. 6.2 del NCP), planteará múltiples problemas en la práctica: como el relativo al de la *fijación* en la sentencia del *límite máximo de la medida*, bajo los parámetros de una hipotética pena —entendida en concreto o en abstracto— que se pudiera imponer al sujeto inimputable si hubiera sido penalmente responsable (el problema de la pena en concreto o en abstracto, ya estudiado anteriormente); y el de la *rigidez* de este régimen para las medidas de seguridad privativas de libertad aplicables a los inimputables, pues en el caso de proceder la

⁸⁷ La doctrina penal coincide en señalar el *caos sistemático* en el que incurre el CP de 1995, al regular el régimen de aplicación de las *medidas de seguridad no privativas de libertad*. Así, con relación al solapamiento y falta de coordinación entre las medidas no privativas de libertad previstas en los arts. 96.3 y 105 del NCP, se señala —entre otras críticas— que: «contiene medidas idénticas y todo esfuerzo racionalizador del intérprete queda gravemente lastrado» (vid. TERRADILLOS BASOCO, J. en MAPELLI CAFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., 1996, pág. 207), «la situación aparente de la regulación es no sólo complicada, sino más bien incomprensible» (vid. GRACIA MARTÍN, L. en AAVV *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 330), «un ejercicio de deplorable técnica legislativa» (vid. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación*, cit., pág. 140), «la regulación de las medidas de seguridad no privativas de libertad es de lo más confuso que puede encontrarse en el Código» (vid. GONZÁLEZ RUS, J.J.: *Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de penas y medidas de seguridad*, AP núm. 2.º -1999-, 11-17.1.1999, pág. 37).

A los efectos de clarificar el ámbito de aplicación del art. 95.2 del NCP, que nos remite al art. 105 del NCP, y lo establecido en los arts. 101-104 del NCP, que nos remiten al art. 96.3 del NCP, cabe señalar que no hay distinción material alguna entre las medidas no privativas de libertad previstas en los arts. 96.3 y 105 del NCP, y que para el caso de que «la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad» sólo podrán acordarse las medidas previstas en el art. 105, se aprecia que sólo hay dos medidas no privativas de libertad del art. 96.3 que no se contienen en el art. 105: la de *expulsión de extranjeros* no residentes legalmente en España (art. 96.3.5.ª), que no podrá imponerse en los casos previstos en el art. 95.2 en cuanto aquella opere como substitutiva de las medidas privativas de libertad (art. 108 del NCP), y la de *inhabilitación profesional* (art. 96.3.4.ª), que sí podrá aplicarse cuando la pena prevista para el delito cometido no sea privativa de libertad, como viene a reconocer el art. 107 del NCP.

⁸⁸ Vid. *ultimo inciso* de los arts. 101.1, 102.1 y 103.1 del NCP.

imposición de una medida privativa de libertad a un enfermo mental delincuente, inimputable y criminalmente peligroso, la duración de tal medida nunca podrá sobrepasar el tiempo que habría durado la hipotética pena privativa de libertad, aunque las necesidades de prevención especial (de tratamiento terapéutico y de aseguramiento respecto del enfermo mental delincuente, inimputable y criminalmente peligroso) aconsejasen prorrogar en el tiempo la medida de seguridad privativa de libertad para conjurar la peligrosidad criminal del sujeto.

4.º) El inimputable, sometido a una medida privativa de libertad, «no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el art. 97 del CP»⁸⁹, es decir, de acuerdo con un procedimiento contradictorio y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

3.2. Dentro de las *medidas privativas de libertad específicas para los inimputables* cabe destacar: 1.— Que a los sujetos exentos de responsabilidad criminal conforme al art. 20.1.º del NCP, se les podrá imponer (art. 101.1) la medida de *internamiento* para tratamiento médico o educación especial en un *establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie*, debiendo entenderse que se refiere a la medida de *internamiento en centro psiquiátrico* (art. 96.2.1.ª del NCP), de finalidad curativa, y que ha de relacionarse con las previsiones contenidas en los arts. 183 y ss. del NRP⁹⁰; 2.— Que a los sujetos exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al art. 20.2.º del NCP, se les podrá

⁸⁹ Vid. apartado 2 de los arts. 101, 102 y 103 del NCP. En el supuesto del art. 103, relacionado con la eximente 3.ª del art. 20 (alteración en la percepción), la propuesta a la que se refiere el art. 97 (último párrafo) deberá formularse al terminar cada curso o grado de enseñanza (vid. art. 103.3).

⁹⁰ El art. 101.1 del NCP nos remite a la posible aplicación de una medida privativa, «el internamiento para tratamiento médico o educación en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie», que no se corresponde expresamente con ninguna de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el art. 96.2 del NCP, aunque ha de entenderse que se refiere a la medida de «internamiento en centro psiquiátrico» (art. 96.2.1.ª). Conviene tener en cuenta que el art. 183 del NRP (Nuevo Reglamento Penitenciario R.D. 190/1996, de 9 de febrero) establece que «los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes». El art. 184 del NRP declara que uno de los casos en que se llevará a cabo el ingreso en esos establecimientos, además de los detenidos o presos con patología psiquiátrica y de los penados que por enfermedad sobrevenida se les imponga una medida de seguridad, será —según la letra b)— el de «las personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario». La cuestión de fondo que nos suscita esta normativa y la del NCP, es la falta de previsión específica de un centro idóneo para el cumplimiento de medidas privativas de libertad para los enfermos mentales

aplicar (art. 102.1 del NCP) —aunque aquí, por un desliz del legislador, se utiliza la fórmula preceptiva de «se les aplicará»— la medida de *internamiento en centro de deshabitación* público o privado debidamente acreditado u homologado⁹¹; y 3.— Que a los exentos de responsabilidad criminal conforme al art. 20.3.º del NCP, se les podrá imponer (art. 103.1) la medida de *internamiento en un centro educativo especial*⁹².

En todo caso, cabe denunciar y criticar, además de la preocupante tendencia a la privatización en el régimen de cumplimiento de las medidas privativas de libertad, la falta de previsiones específicas del NCP sobre la infraestructura necesaria para una adecuada aplicación de aquéllas. Era más serio y preciso el compromiso asumido en la *D.F. 3.ª de la PANCP de 1983* al señalar que, a los efectos del cumplimiento de las medidas privativas de libertad, «el Gobierno habilitará centros idóneos y hasta tanto no estén los centros habilitados, cualquier medida de las referidas deberá *llevarse a efecto* en centro no carcelario».

peligrosos que hayan cometido un delito y se encuentren en una situación de inimputabilidad por sufrir cualquier anomalía o alteración psíquica, que le hubiera impedido comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Los centros psiquiátricos penitenciarios, a los que se refiere el NRP, no dejan de ser centros carcelarios y de ahí que un sector doctrinal estime que sólo deberían ser utilizados para casos de enfermos mentales con especial peligrosidad (vid. GARCÍA ALBERO, R. en AA.VV.: *Comentarios*, Pamplona 1996, pág. 519 y 520; JIMÉNEZ VILLAREJO, J. en AA.VV.: *Código Penal*, I, edit. Trivium, 1997, pág. 1342), quedando por determinar en qué centros serán ingresados aquellos enfermos mentales que no se encuentren en una situación de especial o grave peligrosidad.

⁹¹ Aquí, el NCP nos remite al internamiento en *centro de deshabitación público*, si lo hubiere, o *privado* debidamente acreditado u homologado, debiendo entenderse que en este último caso será la Administración Pública quien se encargue de homologar o acreditar los centros privados de deshabitación. Serán los tribunales de justicia los encargados de decidir a qué centro de deshabitación irá el sujeto peligroso. En todo caso, no deja de ser preocupante la marcada tendencia de *privatización* que informa la ejecución de medidas privativas de libertad en el NCP. Esta tendencia se reconoce en el art. 182.3 del NRP, al establecer que «la Administración Penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal». De esta manera, se confirme lamentablemente la tendencia de abandonar por parte de la Administración Penitenciaria la ejecución directa de las medidas privativas de libertad y su delegación en entidades privadas, y sólo nos queda requerir a los órganos jurisprudenciales competentes (jueces o tribunales, o juez de vigilancia penitenciaria) que cumplan —dentro de sus posibilidades— el control debido (cfr. arts. 97 y 98 del NCP) sobre la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad (vid. críticamente, con razón, JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: *ob. ult. cit.*, págs. 1342 y 1343).

⁹² Nada nos dice el NCP ni el NRP acerca de esta clase de centros, aunque debe entenderse que se tratará de centros destinados a subsanar el déficit formativo y de instrucción que presentan los destinatarios de esta medida, y en el marco previsto en el art. 182.3 del NRP.

3.3. Los arts. 101-103 del NCP confieren a los tribunales de justicia la posibilidad de aplicar, *alternativamente* a las mencionadas medidas privativas de libertad y en los casos relacionados con las personas exentas de responsabilidad criminal de los núms. 1.º, 2.º y 3.º del art. 20 del NCP, *cualquiera otra de las medidas no privativas de libertad* previstas en el art. 96.3 del NCP.

El régimen de aplicación de medidas de seguridad no privativas de libertad, previsto en el NCP para los inimputables (arts. 101-103), parece estar condicionado por la *naturaleza de la pena* que se les hubiera podido imponer por el delito cometido⁹³: en el caso de que la pena fuera *privativa de libertad*, podrán imponerse *una o varias medidas no privativas de libertad* del art. 96.3, que incluyen las previstas en el art. 105, como *alternativas* a las medidas privativas de libertad, si éstas no fueren necesarias; y cuando la *pena* que hubiere podido imponerse por el delito cometido *no fuere privativa de libertad*, sólo podrán acordarse —de acuerdo con el art. 95.2 del NCP— las *medidas no privativas* previstas en el art. 105, que —como ya hemos advertido anteriormente— no se corresponden formalmente con las de catálogo general de las medidas no privativas de libertad recogido en el art. 96.3 del NCP. Sin embargo, a la luz de un análisis de conjunto y razonable sobre las medidas no privativas de libertad previstas en los arts. 96.3 y 105-108, cabe sostener que en los supuestos recogidos en los arts. 101-104 del NCP se pueden imponer, en todo caso, cualquiera de las medidas previstas en el art. 96.3 del NCP⁹⁴.

Dentro de las *medidas no privativas de libertad* aplicables a los enfermos mentales delincuentes, inimputables y criminalmente peligrosos, merece ser destacado que la imposición de algunas de aquéllas jugarán un papel bastante relevante para estos casos: así, las medidas de «sumisión a *tratamiento externo en centros médicos* o establecimientos de carácter socio-sanitario» (art. 105.1.a del NCP) y de «*sometimiento a programas de tipo formativo, cultural educativo, profesional, de educación sexual y otros similares*» (art. 105.1.f del NCP).

Por último, se debe llamar la atención acerca del escaso compromiso que muestra el CP de 1995 sobre el ineludible control jurisdiccional, que viene impuesto por lo establecido en el último inciso del art. 3.2 del NCP, sobre la ejecución de las medidas de seguridad, y, en este caso, de las no privativas de libertad. En este sentido, resultan

⁹³ Vid., por todos, GARCÍA ARÁN, en *Fundamentos y aplicación de penas y medidas*, cit., pág. 144. Vid. críticamente, con razón, GRACIA MARTÍN, L. en *AAVV Lecciones*, cit., págs. 330 y 331.

⁹⁴ Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J. en AP núm. 2 (1999), cit., págs. 38 y 39.

muy reveladoras las previsiones recogidas en los arts. 105 y 106 del NCP. En efecto, por un lado, el último párrafo del art. 105 exige que el Juez de Vigilancia Penitenciaria o «los servicios correspondientes» del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración Autónoma *informen* al Juez o Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento de las medidas no privativas de libertad. Nada se nos dice acerca de cuáles son esos «servicios correspondientes», ni tampoco se señala cuál ha de ser la periodicidad de tales informes. Por otra parte, en la misma línea de indefinición y de falta de compromiso por parte del legislador respecto del régimen de cumplimiento de las medidas no privativas de libertad, el art. 106 se refiere a que el Juez o Tribunal sentenciador «dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad». Aquí, tampoco se precisa cuáles son los servicios de asistencia social «competentes», penitenciarios o de otra índole, ni el contenido de la ayuda (la «que precise» y «legalmente le corresponda») al sujeto sometido a esta clase de medidas. De ahí que sea necesario, como reclama cierto sector doctrinal⁹⁵, un urgente desarrollo reglamentario sobre las circunstancias y condiciones en que han de cumplirse las medidas de seguridad no privativas de libertad. Era más adecuado el compromiso que se asumía en la D.F. 2.^a de la PANCP de 1983, donde se establecía que «el Gobierno, en un plazo de seis meses, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de aplicación de las medidas de seguridad».

3.4. En cuanto a los *sujetos semiimputables*, es decir, a los enfermos mentales, delincuentes y criminalmente peligrosos, incursos en los supuestos de eximente incompleta —con capacidad de culpabilidad disminuida— en relación con los núms. 1.º, 2.º y 3.º del art. 20 del NCP, se les podrá imponer, además de la pena correspondiente (*atenuada*: art. 68, es decir, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley), las medidas previstas en los arts. 101, 102 y 103 (vid. art. 104 del NCP). Aquí, cabe reproducir y remitirse a lo dicho con respeto a las medidas privativas y no privativas de libertad aplicables conforme a lo establecido en los arts. 101 a 103 del NCP, con las salvedades previstas en el art. 104 del NCP: que el *internamiento* sólo será aplicable cuando la pena impuesta —pena atenuada— sea privativa de libertad; la duración de la medida privativa de libertad (del internamiento) no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito cometido, entendiéndose que se hace referencia a la pena abstractamente señalada en el co-

⁹⁵ Vid., por todos, JIMÉNEZ VILLAREJO, J. AAVV *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, I, edit. Trivium, 1997, págs. 1351 y ss.

rrespondiente tipo penal de la P.E. del CP⁹⁶; y por último, a los efectos de la aplicación conjunta de la pena y medida de seguridad privativas de libertad, será preceptivo observar lo dispuesto en el art. 99 del NCP, es decir, las reglas propias del *sistema vicarial* tal como se contempla en el art. 99 y que nos remiten también a la posibilidad de aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 105, con todos los inconvenientes y contradicciones que lleva consigo tal remisión, en cuanto que las medidas no privativas de libertad del art. 105 no coinciden formalmente con las previstas en el art. 96.3 del NCP.

4. Conclusiones

4.1. El *origen* y la *evolución* de las *medidas de seguridad criminales*, como recursos propios del Derecho Penal —junto a las penas criminales— para la lucha contra el delito, han estado condicionados —entre otros factores— por el problema de la *criminalidad* generada por los *enfermos mentales delincuentes* (inimputables y semiimputables) y *criminalmente peligrosos*. En el caso de los inimputables no procede la imposición de una pena, pues falta el presupuesto de la imputabilidad del sujeto, quedando la medida de seguridad como única reacción penal posible; y en los supuestos de semiimputabilidad, se le confiere aplicación preferente a la medida de seguridad para conjurar adecuadamente la peligrosidad criminal del sujeto.

4.2. El *nuevo sistema de medidas de seguridad* previsto en el CP de 1995 (NCP español) ha supuesto un importante avance respecto a la situación legal anterior; e incide positivamente, aunque con ciertas deficiencias, en el tratamiento penal de los enfermos mentales.

El nuevo sistema de medidas de seguridad se caracteriza por las siguientes notas: 1.^a) Se abandona la tradicional y criticable técnica legislativa española de regular, fundamentalmente, las medidas de seguridad criminales a través de leyes penales especiales de prevención sin delito (como han sido la *LV* y *M* de 1993 y la más reciente *LPRS* de 1970); 2.^a) Se reconocen las *garantías de legalidad*, en el Título Preliminar del CP (art. 1-3), tanto para las penas como para las medidas de seguridad; 3.^a) Se establecen, con precisión, los *presupuestos* necesarios

⁹⁶ Vid. en este sentido, entre otros, GRACIA MARTÍN, L. AAVV *Lecciones*, cit., pág. 322; GARCÍA ARAN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas*, cit., pág. 149, y GONZÁLEZ RUS, J.J. en AP núm. 2 (1999), cit., pág. 33. En contra de esta interpretación, y a favor de entender que en el art. 104 se alude a la pena prevista para el delito concreta e históricamente realizado, vid. GARCÍA ALVERO, R. en AAVV *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 537.

para aplicar las medidas de seguridad: los *supuestos* previstos en los arts. 101-103 (de inimputabilidad relacionados con las eximentes de los núms. 1, 2 y 3 del art. 20) y art. 104 (de semiimputabilidad, de eximente incompleta en relación con los núms. 1, 2 y 3 del art. 20), quedando fuera del ámbito de aplicación de las medidas los supuestos relativos a los delincuentes habituales y profesionales peligrosos; el fundamento de la *peligrosidad criminal* (art. 6.1 y 95.1.2.^a), abandonando el anterior e indeterminado presupuesto de la *peligrosidad social*; 4.^a) la exigencia de la previa comisión de un hecho previsto como delito (arts. 6.1 y 95.1.1.^a), es decir, que en el NCP sólo caben las *medidas de seguridad postdelictivas*, desterrándose las tradicionales medidas predelictivas; 5.^a) Se consagra expresamente el *principio de proporcionalidad* en el ámbito de las medidas de seguridad (art. 6.2), que por su importancia y peculiar regulación merecerá una particular atención en el siguiente apartado de estas conclusiones; 6.^a) Se adscribe el NCP al denominado «*dualismo flexible*», es decir, el que distingue, en principio, la pena de la medida de seguridad, y se condiciona en la ejecución con la puesta en práctica del *sistema criminal o de sustitución* (art. 99) para los casos de concurrencia entre la pena y las medidas de seguridad privativas de libertad; y 7.^a) Se establece un importante *sistema de revisión* de las medidas de seguridad (arts. 97 y 98).

4.3. Una de las grandes novedades del sistema de medidas de seguridad en el NCP, y también uno de sus mayores defectos por su desafortunada formulación, se refiere al reconocimiento expreso del *principio de proporcionalidad* (art. 6.2), que se desarrolla ulteriormente en los arts. 95.2, 101-103 y 104 del NCP. En efecto, la regla general prevista en el art. 6.2 nos indica muy claramente la equivocada línea que informa este principio básico en el Derecho Penal moderno de las medidas de seguridad: el art. 6.2 asienta la proporcionalidad de las medidas en la relación con «*la pena abstractamente aplicable al hecho cometido*», ignorando una cuestión tan elemental en esta materia como es la de que la gravedad de toda medida de seguridad criminal —como nos recuerda la mejor doctrina penal, el Derecho Comparado y los Proyectos españoles de 1980 y 1983— ha de ser proporcionada a su fundamento, que es la *peligrosidad criminal del sujeto*, y a la gravedad de los delitos que éste puede cometer probablemente en el futuro, teniendo también en cuenta la gravedad del hecho cometido —mero síntoma de la *peligrosidad criminal del sujeto*— que aquí tiene un carácter garantista y ocupa un lugar más bien secundario en la formulación correcta del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad. No lo ha entendido así el CP de 1995, haciendo recaer el acento del principio de proporcionalidad en el delito cometido y olvidándose de la *peligrosidad cri-*

minal. De esta forma, se propicia una lamentable confusión entre pena y medida de seguridad, llegándose en su desarrollo a consecuencias tan absurdas como las siguientes: no es posible imponer una medida privativa de libertad (internamiento en centro psiquiátrico o en centro de deshabitación) a un enfermo mental delincuente, inimputable y criminalmente peligroso, cuando la pena que hubiere podido imponerse por el hecho cometido no fuera privativa de libertad (art. 95.2); y en el caso de que fuera posible la imposición de aquella medida privativa de libertad, el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable (inciso final del apartado 1 de los arts. 101-103). Pero, ¿qué sucederá cuando se llegue a este tope máximo de duración del internamiento, y continúe la necesidad del tratamiento terapéutico en centro especializado y perdure la situación de peligrosidad criminal del enfermo mental delincuente e inimputable? La opción que propicia el legislador de 1995, con firme apoyo de un sector de nuestra doctrina penal moderna, es que en tales casos siempre quedará la posibilidad del internamiento del enfermo mental por la vía civil (cfr. art. 211 CC). Esta opción, la del internamiento del enfermo mental delincuente y criminalmente peligroso, viene a ser bastante inconsecuente, pues seguirá la privación de libertad del sujeto, y es una falsa solución del problema, ya que el internamiento civil del enfermo mental está pensado para proteger a éste y no para conjurar su peligrosidad criminal, y a todo ello hay que añadir la falta de garantías e indeterminación que impera en la normativa civil para estos casos.

4.4. El NCP consagra la *fórmula mixta* (biológico-psicológica) sobre los enfermos mentales, a los efectos de apreciar su falta de imputabilidad, abandonando la criticable fórmula biológica del CPA («enajenación mental») y adscribiéndose a la tendencia dominante en las legislaciones penales de nuestro orbe cultural (cfr. núms. 1.º, 2.º y 3.º del art. 20 del NCP, que podrían haber sido reconducidos al 1.º). Ahora, en el NCP, lo determinante para apreciar la inimputabilidad del sujeto no estará en su enfermedad mental, sino en el efecto psicológico de la fórmula mixta, es decir, en la valoración sobre la incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. En tal cuestión, de marcado carácter valorativo (normativo), será decisiva la opinión de los tribunales de justicia, quienes tendrán la última palabra a tales efectos.

4.5. Las *medidas de seguridad aplicables*, según el NCP, a los *enfermos mentales*, delincuentes y criminalmente peligrosos (inimputables, arts. 101-103, y semiimputables, art. 104), son las privativas de libertad (art. 96.2) y las no privativas de libertad (art. 96.3).

El *régimen de aplicación* de las medidas de seguridad se encuentra viciado por la desafortunada formulación del principio de proporcionalidad, que ha significado un auténtico lastre para poner en práctica todo el nuevo sistema de medidas de seguridad del NCP. Sirva a título de ejemplo, que el legislador de 1995 parece referirse a criterios distintos en cuanto a los límites temporales de las medidas privativas de libertad previstas para los *inimputables* («el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable»: arts. 101-103) y para los *semiimputables* («su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito: art. 104). Una interpretación sistemática y razonable puede reconducir la cuestión, atendiendo la especial naturaleza y finalidad de las medidas de seguridad, y entender que lo relevante será la regla general prevista en el art. 6.2 del NCP.

En cuanto a las *medidas privativas de libertad* aplicables, cabe observar la falta de previsiones específicas del NCP sobre las infraestructuras necesarias para el cumplimiento adecuado de aquéllas. Se aprecia una lamentable tendencia a la *privatización* en el régimen de ejecución de las medidas privativas de libertad (cfr. especialmente el art. 182.3 del NRP).

Por lo que respecta a las *medidas no privativas de libertad*, cabe denunciar el solapamiento entre las medidas de esta naturaleza previstas en el catálogo general del art. 96.3 y en el art. 105 del NCP, debiendo considerarse que aquél precepto contiene el catálogo general de las medidas no privativas de libertad y que el art. 105 se limita a establecer los límites temporales de duración máxima de tales medidas. Se puede afirmar que, con carácter general, las medidas previstas en el art. 96.3, que incluye las del art. 105, serán aplicables a los enfermos mentales, delincuentes y criminalmente peligrosos, incurso en los arts. 101-104 del NCP.

En cuanto al *régimen de cumplimiento* de las medidas de seguridad no privativas de libertad, es preciso hacer constar la falta de compromiso del legislador de 1995 en el establecimiento de una normativa que garantice la adecuada ejecución de estas medidas. En este sentido, son muy significativas las vagas referencias que se encuentran en el último párrafo del art. 105 y en el art. 106 del NCP acerca de los informes sobre el cumplimiento de tales medidas y sobre la ayuda o atención que se prescribe para el sometido a las mismas.

En toda esta materia, sobre el cumplimiento y ejecución de las medidas de seguridad previstas en el NCP, se constata otro de los graves fallos del nuevo sistema de medidas de seguridad: la ausencia de una normativa específica que permita garantizar un adecuado cumplimiento

de las medidas de seguridad. De ahí que sea urgente un ulterior desarrollo legal sobre la ejecución de las medidas de seguridad, con el correspondiente compromiso de financiación necesario para hacer posible el cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad previstas en el NCP.

El nuevo sistema de medidas de seguridad previsto en el CP de 1995 para los enfermos mentales ha mejorado la situación legal anterior, evitando internamientos indefinidos y el automatismo de apreciar la peligrosidad criminal de los enfermos mentales. Sin embargo, quedan pendientes por mejorar y replantear cuestiones tan importantes como las de la formulación adecuada del principio de proporcionalidad y del régimen de cumplimiento de las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales. En esta problemática no se pueden ignorar las ventajas del sistema penal sancionador, ajustado al marco de un Estado de Derecho, para resolver los graves problemas de la delincuencia generada por enfermos mentales criminalmente peligrosos, ni los inconvenientes que plantea la búsqueda de falsas soluciones en otras ramas del ordenamiento jurídico, que no están pensadas para afrontar la problemática relacionada con la peligrosidad criminal del enfermo mental delincuente y con las exigencias de prevención especial que sólo pueden asumir, hoy por hoy, las medidas de seguridad criminales.