

## «LA CADENA PERPETUA Y LA CUSTODIA DE SEGURIDAD EN LA REFORMA PENAL DE 2013»<sup>1</sup>

Julián Carlos Ríos MARTÍN

Profesor propio agregado en la Universidad P. Comillas. (ICADE)

SUMARIO: I. La cadena perpetua. 1. A modo de introducción. 2. Posibilidades legales de revisión. 3. Una pena injustificada. 4. Argumentos que la convierten en una pena de dudosa constitucionalidad. 5. Los errores judiciales. 6. Otras consecuencias indeseables. 6. Existencia de penas eternas de prisión. II. La custodia de seguridad. 1. Descripción de la normativa reguladora de la custodia de seguridad. 2. Fundamento del Anteproyecto para incorporar la custodia de seguridad al Código penal. 3. La custodia de seguridad y fundamentos de política criminal. 3.1. ¿Es cierto que la custodia de seguridad incrementará la seguridad ciudadana? 3.2. ¿Es cierto que en estos momentos la seguridad ciudadana vinculada al Derecho penal está en riesgo? 3.3. ¿Una vez implantada la custodia de seguridad se ganará en confianza en la administración de justicia? 4. La custodia de seguridad y su déficit de legitimidad jurídica. 4.1. Quiebra el derecho fundamental a la libertad y el principio de intervención mínima del Derecho penal. 4.2. Quiebra el derecho a la presunción de inocencia. 4.3. Quiebra el principio básico en Derecho penal de la certeza/determinación de la pena a cumplir. 4.4. Vulneración del principio de legalidad («non bis in idem»). 4.5. Posible vulneración del principio de culpabilidad. 4.6. Se despedaza el principio de reinserción social establecido en el art. 25.2 de la Constitución Española. 4.7. Es una medida cuestionada por organismos internacionales de derechos humanos en los países en los que está vigente. 4.8. Consecuencias para la Administración de Justicia. 4.9 Cuestiones procesales.

---

<sup>1</sup> En mayo de 2013, aparece una modificación del Anteproyecto de reforma del Código penal en el que tras los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial desaparece la custodia de seguridad. En el proyecto de reforma de septiembre desaparece. Pero en este momento de tramitación no queda definitivamente cerrado que se pueda volver a incluir. Deseamos que no sea así.

## I. La cadena perpetua

### 1. *A modo de introducción*

La pena de prisión perpetua se trata de una privación de libertad, en principio, hasta la frontera de la muerte. Aunque sea excepcionalísimamente revisable, el enjuiciamiento de su racionalidad ha de partir de la constatación de lo que es un lugar común entre los especialistas en materia penal: la crisis de la pena privativa de libertad, porque no priva solamente de la libertad, sino que además descoyunta la indispensable sociabilidad humana.

Cuando se conocen los gravísimos delitos frente a los que se puede aplicar la pena de prisión perpetua revisable, a cualquier ciudadano le puede parecer justa, e incluso, escasa. La incorporación de la cadena perpetua al Código penal no puede pasar desapercibida en la sociedad sin un mínimo de reflexión que vaya más allá del ámbito emocional-vindicativo. Por un lado, porque afecta intensamente a los derechos fundamentales de personas concretas, y ningún ciudadano está exento de que se le pueda imponer, bien porque en situaciones extremas e imprevisibles en un momento determinado se vea abocado a cometer un delito tan grave, o bien, porque sin haber delinquir, pudiera existir, como lamentablemente ocurre, un error judicial. Por otro, porque trasciende lo individual. Cuando el Estado incorpora a la legislación criminal una pena de estas características pone en cuestionamiento nuestra concepción de Estado social y democrático de derecho que se asienta sobre una premisa incuestionable que aparece derivada de la forma política que ha adoptado el Estado en nuestra Constitución y que exige que todo sacrificio de la libertad ha de reducirse a lo absolutamente necesario para conseguir un objetivo que constitucionalmente lo justifique y que, en todo caso, siempre respete los derechos humanos. Pero el Estado no puede quedar atado a la opinión que una buena parte de los ciudadanos tienen en torno al fenómeno delictivo y que se expande y consolida a través de los medios de comunicación. Sin duda, en el proceso de elaboración de las leyes penales tiene que escuchar a las víctimas de cualquier delito, pero eso no significa que el legislador tenga que otorgarles legitimidad absoluta para dictar en exclusiva la política criminal a seguir, sobre todo cuando el debate público-mediático está huérfano de una reflexión serena con todos los elementos jurídicos y sociológicos del fenómeno delictivo.

La incorporación de la pena de prisión perpetua revisable al Código penal necesita superar, sin margen de duda, un juicio de compatibilidad con las normas constitucionales. El legislador tendría

que justificar con argumentos técnicos y científicos la necesidad de su necesidad en relación con los fines que tanto la doctrina como la jurisprudencia otorgan al Derecho penal. Además, tendría que explicar y justificar no sólo formal, sino materialmente, la inseguridad jurídica que esta pena conlleva (art. 9.3 CE), que no atenta contra la dignidad de las personas (derecho recogido en el art. 10 de la Constitución española); que no se convierte en una pena inhumana o en trato degradante (art. 15 CE) y que es compatible con el mandato constitucional de que las penas estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los penados (art. 25.2 CE).

## *2. Posibilidades legales de revisión*

La pena de prisión permanente –perpetua–, en principio, tiende a extenderse durante toda la vida hasta la muerte de la persona condenada. Este es el escenario previsible para la casi totalidad de las condenas y, por tanto, sobre él tienen que realizarse las reflexiones sobre su acomodación a las normas constitucionales.

El texto legal establece varias posibilidades de revisión por los Tribunales para que la persona condenada no muera en prisión. Si la pena pudiera real y materialmente revisarse y, en caso de que la persona estuviera en condiciones de ser reinsertada, aquella se pudiera concretar en una pena de duración determinada, o suspenderse, podría ser ajustada a la Constitución. Esta posibilidad salvaguarda formalmente el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Pero no es así. Lamentablemente, con estas opciones legales de revisión, meramente formales, sin virtualidad práctica, el Ministerio de Justicia no está pensando en garantizar el derecho a la reeducación y a la inserción social de los penados a largas condenas, sino sólo intenta otorgar apariencia de legitimidad a la prisión perpetua, resaltando su carácter revisable y así salvar el escollo legal de su más que probable inconstitucionalidad.

La normativa no permite un horizonte de libertad en la frontera de la muerte. Por motivos humanitarios cuando se den algunos requisitos podrá acordarse la progresión a tercer grado, Los condenados a perpetuidad, cuando estén a punto de morir continuarán presos, en régimen abierto. Posiblemente serán reclusos en un Centro de Inserción Social o en una unidad penitenciaria de las que existen en algunos hospitales públicos, con un régimen de severidad similar al que existe en la cárcel. De esta manera las personas condenadas a prisión perpetua revisable morirán en una cárcel. Circunstancia que vulnera el art. 3 y 5 del Tratado de Roma.

Aunque la Ley prevea que los condenados a la pena de prisión permanente pueden tener permisos de salida, en la realidad esto será prácticamente inviable. No sólo es necesario la cuarta parte de la condena cumplida, en este caso indeterminada y de por vida; sino también que el penado tenga buena conducta y que los técnicos de la cárcel realicen una valoración positiva de los motivos que rutinariamente utilizan para la denegación de permisos: «gravedad del delito», «alarma social», «apoyo familiar y social» «prisionización», «necesidad de reproche social», «lejanía de las tres cuartas partes de la condena». Con estas variables las posibilidades reales de concesión de un permiso son nulas.

Aunque se establezca que los condenados a prisión perpetua revisable puedan tener acceso al tercer grado o régimen abierto, los requisitos que se exigen en la práctica lo hacen de imposible aplicación: valoración de la gravedad de los delitos, el tiempo de condena que resta hasta la libertad, los permisos de salida disfrutados, la conducta penitenciaria, disponer de una oferta laboral, contar con apoyo social y/o familiar, carecer de variables psicológicas que permitan hacer un juicio de no reincidencia y, todo acompañado de un férreo control para evitar disfunciones mediáticas.

Aunque la normativa prevea que esta pena puede suspenderse, los requisitos previstos lo hacen inaplicable. Es suficiente recordar las dificultades de acceso a los permisos y al tercer grado como requisitos, así como la imposible valoración positiva de los criterios que se establecen. ¿Cómo va a encontrarse socialmente preparado para vivir en libertad una persona después de pasar 25 años ininterrumpidos en una cárcel? ¿Qué circunstancias familiares y sociales podrá tener quien, por ejemplo, entró con 25 años y a los 50 años de edad se plantea la suspensión de su condena?... ¿Qué familiares le quedarán? ¿Qué amigos conoce? ¿Qué trabajo ha aprendido? ¿Qué secuelas psicológicas padece? ¿Cómo se abordarán? ¿Qué profesional se atreverá a hacer un juicio de diagnóstico positivo?

### *3. Una pena injustificada*

La exposición de motivos del Proyecto de reforma del Código Penal no ofrece razones de suficiente peso científico que justifiquen la incorporación de esta pena. En este sentido se manifiesta el informe del Consejo de Estado.

Frente al argumento de que no es una pena perpetua porque existen posibilidades legales de revisarla y suspenderla ya hemos justificado su imposibilidad.

Frente al argumento de que existe una normativa sobre la pena perpetua similar en otros países del entorno europeo decir que es cierto que esta pena está incorporada con distintos matices a la legislación penal de algunos países europeos: Italia, Alemania, Francia, Reino Unido, Grecia, Dinamarca e Irlanda. No obstante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Vinter and Others v. The United Kingdom* ha declarado esta legislación contraria al art. 3 de la CEDH por resolución de nueve julio de 2013, porque este sistema niega a los condenados el derecho a una revisión real y eficaz de su condena. Además, ningún país Europeo tiene un artículo constitucional íntegramente equiparable de la establecida en el art. 25.2 CE en cuya virtud, «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientados hacia la reeducación y al reinserción social».

Frente al argumento de que esta pena es necesaria para «afianzar la confianza en la administración de Justicia» habría que valorar varias cuestiones: ¿es cierto que la confianza en la administración de justicia se obtiene aplicando la cadena perpetua, cuya institución podría sobrepasar los límites constitucionalmente marcados al poder punitivo del Estado? ¿hasta dónde los ciudadanos están dispuestos a ceder en el binomio seguridad ciudadana/libertad y derechos fundamentales? ¿el descrédito de la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia no será por otros motivos distintos de la no existencia de la prisión perpetua y otros temas relativos a la aplicación de las penas? ¿la desconfianza no residirá en la ausencia de medios materiales y personales para llevar adelante los procedimientos de instrucción, enjuiciamiento y ejecución con un mínimo de eficacia en la gestión? ¿no será porque ni los políticos ni los banqueros que han provocado la «ruina económica» del Estado, asumen –salvo contadas excepciones– algún tipo de responsabilidad, ni política, ni penal, salvo contadas excepciones? ¿no tendrán algo que ver los obstáculos que el poder político pone en los procedimientos penales sobre delincuencia de «cuello blanco», o de corrupción y que se dilatan en el tiempo por las maniobras de los famosos abogados que provienen de la universidad, la fiscalía y la judicatura urdiendo estrategias para conseguir que casi todos los procesos se eternicen en los tribunales para que no acaben nunca en condena efectiva?, ¿no será porque se imponen tasas con la excusa de aligerar la justicia cuando se está impidiendo el acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva?, ¿no será por la desinformación que sobre el sistema penal, su alcance y eficacia, existe entre los ciudadanos? Las contestaciones a estas cuestiones apuntan a los motivos que generarían en los ciudadanos una sensación de desconfianza en la ad-

ministración de justicia. Y, por tanto, si se quiere combatir, el poder político tendrá que hacer un esfuerzo de honestidad y orientar su política criminal en esa dirección y no en la expansión casi ilimitada de la represión punitiva. En esta tarea tienen gran responsabilidad los medios de comunicación. Éstos lejos de constituir un instrumento pedagógico a nivel informativo y preventivo, se convierten en meros medios para obtener un incremento de cuotas de audiencia a través de un tratamiento tendencioso y morboso del fenómeno criminal. La búsqueda de beneficios económicos, por un lado, y el sometimiento a los intereses de las entidades financieras –industria de la seguridad, militar y del miedo<sup>2</sup>– y de los grupos políticos de los que dependen, por otro, convierten a los medios de comunicación en un obstáculo para la tarea preventiva del derecho penal.

Frente al argumento que la pena de prisión permanente es necesaria porque «ante delitos de excepcional gravedad está justificada una respuesta extraordinaria» se hace necesario valorar dos posibles interpretaciones. En primer lugar, hay que hacer referencia a un juicio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos y las sanciones previstas. En segundo lugar, bajo este postulado subyace la idea de que la víctima necesita ser reparada ante el desproporcionado daño sufrido a través de una excepcional respuesta represiva del Estado. Respecto de la primera cuestión señalar que los fines preventivos del derecho penal se pueden alcanzar mediante otras penas y otras medidas de política criminal en las que el sacrificio de los derechos fundamentales no sea tan intenso e irreparable. En un Estado de derecho, construido sobre el respeto a los derechos humanos, la gravedad de la respuesta penal tiene que venir limitada precisamente por los derechos constitucionalmente reconocidos para todos: la dignidad, la prohibición de las penas y tratos inhumanos, crueles o degradantes, y la orientación reeducadora y de reinserción social de las penas.

Respecto de la segunda cuestión hay que señalar que la venganza privada está excluida del ordenamiento jurídico como finalidad del sistema penal. Tampoco se puede utilizar la violencia institucional de la administración de justicia para ejercerla. El Derecho penal está

---

<sup>2</sup> Una hipótesis: los intereses económicos/políticos de las empresas que sostienen los medios de comunicación y las empresas de seguridad pueden trabajar como grupos de presión para el incremento punitivo: una mayor sensación pública de inseguridad se correlaciona con la expansión del volumen de negocio de estos sectores privados involucrados en tareas de seguridad ciudadana. En EEUU esta vinculación entre incremento punitivo y presión de empresas de seguridad para aumentar el negocio está muy estudiada. En España, no creo que andemos muy desencaminados.

destinado a cumplir unas funciones preventivas y retributivas hasta el límite del respeto a la culpabilidad, la proporcionalidad y a los derechos fundamentales. Pero, junto a estos legítimos límites, en mi opinión infranqueables, en el ámbito de las necesidades profundamente humanas, ¿la cadena perpetua podría reparar a la víctima? En mi opinión, la contestación es rotundamente negativa.

Frente al argumento de que es una pena «necesaria a los efectos de prevención de delitos» hay que realizar las siguientes consideraciones:

- El Derecho penal tiene que servir simultáneamente para prevenir y combatir el delito, pero también para limitar la intervención estatal en su intervención. Por un lado, tiene que proteger a la sociedad de los actos violentos de determinadas personas, pero por otro, tiene que asegurarse de que éstas no queden sometidas a una represión ilimitada del Estados.
- La teoría prevención especial queda abiertamente incumplida. Niega posibilidades reales a las personas condenadas de ser acreedores del mandato constitucional que otorga a las penas finalidades reeducativas y de reinserción social.
- La prevención general negativa que utiliza la intimidación de la pena de prisión perpetua y que se destina a que los ciudadanos se abstengan de cometer determinados delitos, es también incumplida, porque la intimidación que genera la prisión perpetua no incrementará la seguridad ciudadana, porque ésta no está en riesgo. Además, porque una mayor sensación de seguridad ciudadana no se consigue exclusiva o principalmente a través del sistema penal. Y por último, porque las penas existentes en la actualidad son suficientemente graves y por tanto disuasorias.

Frente al argumento recogido en la exposición de motivos consistente en afirmar que existe jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que avala esta pena, hay que decir que se oculta información. La exposición de Motivos hace referencia a dos sentencias del TEDH para justificar, la adaptación de esta pena al Convenio de Roma. Concretamente se refiere a la STEDH *Kafkaris c. Chipre* y *Meixne c. Alemania*. Sólo toma en consideración estas dos sentencias que admiten su compatibilidad con el art. 3 del CEDH, a mi forma de entender de forma tremendamente laxa y formalista, pero silencia las que declaran la vulneración del art. 5 CEDH que son las referidas a la violación de la finalidad de reinserción social de la cadena perpetua en función de los criterios de revisión y de los medios

materiales para que aquella sea eficaz (art. 5 CEDH). Y precisamente en este aspecto es donde la exposición de motivos del Proyecto calla.

Pocos meses después de su primera redacción, el 18 de septiembre de 2012, el TEDH dictó, como hemos referido en el párrafo anterior, por unanimidad, una extensa y fundamentada, la sentencia anteriormente reseñada por virtud de la cual condenó al gobierno británico por violar el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con ocasión de la ejecución de las «condenas IPP» («indefinite-sentences-for-the-public-protection»), es decir, las «*condenas indeterminadas para la protección pública*». El TEDH acoge la tesis de los demandantes en el sentido de que uno de los propósitos de su privación indeterminada de libertad es su rehabilitación, para la que el gobierno británico, incumpliendo sus obligaciones derivadas del derecho internacional, no puso los medios necesarios, e impidió de ese modo que uno de los objetivos de la «Criminal Justice Act», de 2003, el rehabilitador, pudiera cumplirse. Por otro lado, el caso VINTER AND OTHERS V. THE UNITED KINGDOM 9.7.2013 ha declarado contraria al art. 3 CEDH la legislación británica. La legislación vigente ha suprimido la revisión a los 25 años con el objetivo de que sean los jueces independientes quienes determinen cuando ha de efectuarse la revisión en cada caso concreto. Pero esto no asegura que se haya de producir efectivamente la revisión.

#### *4. Argumentos que la convierten en una pena de dudosa constitucionalidad*

La prisión perpetua revisable es inconstitucional porque atenta contra la dignidad de los seres humanos –art. 10 CE–; contra la prohibición de penas inhumanas y tratos inhumanos y degradantes –art. 15 CE–, contra el mandato de la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social art. 25 CE. Además, su indeterminación se enfrenta abiertamente al principio básico de seguridad jurídica.

La pena de prisión perpetua revisable atenta contra la dignidad de los seres humanos. La dignidad humana consiste en tratar a nuestros semejantes, a los seres humanos, como fines y no como medios ni como objetos. Me parece evidente que: a) Un delincuente, como toda persona, tiene una inquebrantable dignidad (en sentido sustancial y ontológico) que no pierde y que no puede perder aunque cometa las mayores atrocidades; b) Los demás estamos en la obligación moral de salvaguardar esta dignidad y la efectividad de los derechos humanos porque la dignidad es un fundamento axiológico inviola-

ble y porque preservando la dignidad ajena estamos manteniendo a buen recaudo la nuestra; c) Despersonalizar a un individuo para proteger a una mayoría resulta una tesis insostenible desde la teoría de los derechos humanos porque atenta contra el valor universal de persona y el respeto a la dignidad humana. d) Que la dignidad implica tener posibilidades reales y ciertas de poder incorporarse a la sociedad para desarrollar, si quiera mínimamente, un proyecto vital a nivel social, familiar, laboral y espiritual; lo que queda incumplido con la prisión perpetua, aunque se le quiera hacer pasar por revisable. Así, la cadena perpetua priva al condenado de la opción de trazar un plan de vida, es decir, de su «autonomía moral».

La prisión perpetua revisable atenta al derecho a la prohibición de penas inhumanas y tratos crueles y degradantes. A partir del derecho a la dignidad del ser humano y de su integridad moral la Constitución prohíbe, en todo caso, las penas inhumanas o degradantes –art.15 CE–. Necesariamente, para que esos conceptos tengan la suficiente consistencia se hace necesario acudir a las condiciones en las que se cumple una pena privativa de libertad, sabiendo que, en todo caso, la casi totalidad de las personas condenadas a la cadena perpetua no van a poder salir de la cárcel hasta su muerte, pues como he explicado en los epígrafes anteriores, las previsiones legales de excarcelación son, en la práctica, inviables.

La inhumanidad de una pena de prisión por su duración radica en la falta de expectativas de libertad para el penado. La evitación de tal desesperanza dependerá de que no se prevean penas de duración excesiva y de que existan y se utilicen mecanismos reales y posibles de excarcelación cuando el penado llegue a determinada edad, y no meramente formales de imposible aplicación.

Cuando hablamos de humanidad nos tenemos que referir de forma obligada a las condiciones básicas que necesita toda persona puede desarrollar mínimamente su condición de ser humano –derecho al libre desarrollo de su personalidad–. Ello implica que cualquier condenado debe tener la posibilidad de comunicarse con suficiente frecuencia y en condiciones de privacidad con sus familiares y amigos, viendo potenciadas sus capacidades de relación social y afecto; debe tener un espacio físico en el que pueda desarrollar su sentido de control, autoestima, autonomía e intimidad; no puede estar en un contexto en el que sea constantemente objeto de violencia o instrumentalización; que pueda mantener un nivel aceptable en su salud física y mental, y que pueda conocer de forma cierta que en un futuro podrá volver a convertirse en un ser relacional, al quedar en libertad. Frente a la necesidad de todo ser humano de un espacio mí-

nimo para desarrollar y desplegar todas sus capacidades «humanas», la cárcel lo hace imposible. Frente a la necesidad que no se anule su ámbito relacional, afectivo y social, la cárcel destruye la sociabilidad. Ante la necesidad de un contexto que garantice el equilibrio en la salud física y mental, la cárcel la deteriora intensamente. Frente a la necesidad de un espacio en el que se garantice su intimidad, la cárcel no lo posibilita. Ante la necesidad que todo ser humano precisa de un contexto en el que la violencia no sea la forma continua de relación, la cárcel no lo ofrece.

Obviamente el cumplimiento de una pena de la cárcel supone una limitación de esas capacidades, de lo contrario esta pena no tendría razón de ser, pero la estancia de por vida, o por más 25 años, entre muros, concertinas y barrotes, supone llevar al límite de lo humanamente aceptable las condiciones del internamiento penitenciario. Sin duda, la cárcel genera un intenso sufrimiento humano y, si desborda la capacidad de soportarlo, la pena se convierte en inhumana y, por tanto desde un punto de vista jurídico, ilegítima. Nadie está exento de entrar en una cárcel, cada vez menos personas pueden avalar esa certeza.

La prisión perpetua niega el mandato constitucional del derecho a la reeducación social –art. 25.2 CE–. Éste exige que la forma de cumplimiento de la pena de prisión evite generar consecuencias en la mente del ser humano condenado que le impidan integrarse nuevamente en la sociedad para desarrollar su proyecto vital –derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con la reinserción social–. Estos objetivos son imposibles a partir de 20 años de encierro penitenciario continuado, pues la mente humana queda «gravemente incapacitada» para hacer frente con un mínimo de equilibrio a las exigencias relacionales y de responsabilidad de la vida en libertad. En consecuencia y en esta línea, una pena de prisión que dure toda la vida atenta contra este derecho.

La cárcel genera en las personas una sensación de permanente peligro. La extremada tensión del ambiente, con frecuencia dará lugar a que, como íntimo mecanismo de defensa de la propia salud mental, la persona tienda a proteger su propio «Yo», lo que, en ese contexto, le lleva a un exagerado egocentrismo. La vida en prisión incrementa el aislamiento, el recelo y la desconfianza frente a los demás, se construye una nueva cárcel dentro de la cárcel. La persona tiende a aislarse en sí misma. Ello genera graves consecuencias en la forma de afrontar las relaciones cuando la persona sale de prisión y tiene que volver a establecer relaciones sociales. Todos sabemos que sin confianza no hay posibilidades de relación. Este es uno de los

motivos por los que la persona presa, al salir de la cárcel, se queda sola. Y la soledad lleva a la exclusión, marginación y a la muerte social. Por otro lado, el sentimiento de indefensión viene provocado no sólo por la violencia institucional y personal en que la persona presa se encuentra inmersa, sino también por la falta de garantías legales para proteger la propia identidad que muchos presos experimentan o creen experimentar. La poca estimulación que se recibe en una cárcel es muy repetitiva y violenta. La violación de la intimidad es constante. Los presos, además de estar siendo observados continuamente (en muchos casos, por ejemplo, a través de cámaras permanentes a todas las horas), no puede disponer de un mínimo de espacio ni de tiempo realmente propio y organizado por la propia persona. Los cambios tan habituales de cárcel o de celda o la intromisión en ésta, a cualquier hora del día, de los funcionarios para realizar cacheos, con la obligación de desnudarse, son unas ceremonias de degradación que generan una enorme indefensión. La indefensión viene dada fundamentalmente por no saber a qué atenerse, por no poder controlar siquiera la seguridad de que se va a dormir esa noche de un tirón, sin que le despierten, de no saber cómo responder ante todo ello, y por sentir que, haga lo que haga, va a dar igual, pues las respuestas que probablemente reciba no están conectadas necesariamente con las consecuencias que cabe en buena lógica esperar. Todo contribuye a exacerbar el sentimiento de inseguridad vital. Este abandono del deseo de vivir, que conduce a muchos a adoptar una actitud fatalista y apática, no es sino otra forma más de expresar la depresión profunda que genera la cárcel. La depresión es el síndrome más generalizado, prácticamente en una u otra medida, nadie escapa de ella, y una elevadísima proporción de presos se ve obligada a llevar tratamiento mediante antidepresivos; el prozac, y medicamentos similares, son compañeros habituales de la vida en prisión. Aunque con frecuencia el tratamiento se rechaza pues tras él se adivina la sombra de una pérdida aún mayor de control sobre la propia vida, la pérdida del último reducto de autonomía y control sobre uno mismo.

La indeterminación de la pena perpetua revisables atenta contra el principio de legalidad establecido en el art. 25.1 CE. Éste exige que las penas se encuentren perfectamente determinadas en su forma de cumplimiento y extensión en el Código penal. Así, la propia definición que la exposición de motivos de esta pena la cataloga como una pena de «prisión de duración indeterminada», vulnera abiertamente el mencionado principio de legalidad, recogido en el art. 25.1 CE. La imprevisibilidad del contenido temporal de la pena priva de libertad que se genera con la incertidumbre de las posibles salidas –permisos, régimen abierto, suspensión de la condena– confiados a la discre-

cionalidad de las autoridades penitenciarias, confieren a la sanción penal un carácter arbitrario y desigual, como tal enfrentado a la dignidad humana; estas razones son suficientes para deslegitimarla. Los ciudadanos deben saber de antemano no sólo el ámbito de lo prohibido, sino también sus consecuencias.

### 5. *Los errores judiciales*

Existen posibilidades de error judicial que sería irreparable. En caso extremo, pero posible...¿si resulta, que el condenado lo haya sido por un error judicial? Los errores judiciales en penas como esta son irreversibles e irreparables. La historia confirma reiteradamente que las políticas orientadas exclusivamente a la prevención de delitos y a la búsqueda de la seguridad ciudadana pueden generar más violencia que la que se pretende prevenir, porque la seguridad y la libertad no sólo son amenazadas por los delitos, sino también por las penas excesivas, despóticas, por las detenciones policiales arbitrarias, en fin, por el ejercicio del Estado mismo en su potestad punitiva.

### 6. *Otras consecuencias indeseables*

La pena de prisión permanente conlleva otras consecuencias indeseables. Además de las razones expuestas de orden jurídico, la pena de prisión permanente genera disfunciones graves que deben ser tenidas en cuenta, y que conviene plantearse. A saber:

- Condiciones de seguridad en que se deja a los profesionales de la administración penitenciaria frente a personas que ya no tienen nada que perder porque se les arrebatan sus expectativas de libertad.
- Condiciones en los centros penitenciarios, cuando quienes ahora cumplen largas condenas se encuentran sin actividades específicas, viendo pasar el tiempo como un abismo sin fin.
- Los medios económicos –personales/materiales– con los que cuenta la administración penitenciaria para hacer frente a esta medida. Recordemos que la estancia en prisión por persona/año cuesta 36000 euros aproximadamente.
- Influencia en la ya existente masificación penitenciaria.
- Las cárceles se terminarán convirtiendo en geriátricos... En España hay 351 presos de más de 70 años. La cifra subió del

0,9 en 1985 al 3% en 2012. Y, posiblemente no es porque delinican más, sino porque las condenas son cada vez más largas. EEUU es el país con más personas presas: 2,3 millones. De 1980 a 2012, el censo creció 11 veces más que la población general. Según los datos oficiales, las personas de más de 55 años cuestan al año a los contribuyentes norteamericanos 1.600 millones de dólares.

## 7. *Existencia de penas eternas de prisión*

En España existen condenas eternas de prisión. Son aquellas que superan los límites máximos establecidos en el Código penal vigente. Estas condenas deberían ser el objetivo del legislador para dar solución a esta desproporcionada e injusta situación de decenas de personas presas. En la actualidad existen más de dos centenares de personas en el Estado español condenadas por varios delitos con liquidaciones de condena que exceden en suma aritmética de los límites establecidos en el Código Penal para la pena de prisión. Recordemos que, según el Código, el límite ordinario es de 20 años –art. 36 CP–, al que deben añadirse cuatro límites extraordinarios: triple de la pena más grave, 25, 30 y 40 años –art. 76 CP–.

Las condenas que rebasan la cronología de una vida humana vulneran los principios constitucionales de reeducación y reinserción social –art. 25.2 CE–, la dignidad –art. 10 CE–, la promoción de la igualdad real y efectiva –art. 9.2– y la proscripción de tratos inhumanos y degradantes –art. 15 CE–. Todo ser humano privado de libertad debe albergar la esperanza de que un día pueda salir en libertad. Si este horizonte penal queda cerrado por las condenas debido a que la suma de las mismas las haya convertido, de hecho, en una cadena perpetua, las consecuencias que esta situación genera son graves desde el punto de vista constitucional, desde la prevención de delitos y del mantenimiento del orden dentro del centro penitenciario.

## II. La custodia de seguridad

### 1. *Descripción de la normativa reguladora de la custodia de seguridad*

La custodia de seguridad consiste en la ampliación obligatoria –art. 101.1 ACP– del tiempo de estancia en un establecimiento especial o en la cárcel –101.4 ACP– después de quede extinguida la pena

impuesta –art. 102.3 ACP– por la comisión de determinados delitos. Esa estancia durará diez años como plazo fijo y determinado; posteriormente se impondrá obligatoriamente una medida de libertad vigilada por cinco años más –art. 101.6 ACP–. La imposición de la custodia de seguridad está sujeta a la posibilidad de suspensión en caso de que hubieran desaparecido las circunstancias que hicieron necesaria su imposición en cuyo caso se impondrá obligatoriamente una medida de libertad vigilada –art. 103.3 ACP–.

Este nuevo tiempo de cumplimiento en un centro penitenciario no es por el delito que se cometió y cuya pena quedó extinguida, sino en función de un pronóstico que revele la probabilidad de comportamiento delictivos futuros. Este juicio de peligrosidad se realizará a partir de la valoración conjunta de las circunstancias personales del penado, de los delitos cometidos por él, y de las circunstancias concurrentes en los mismos que pongan de manifiesto su tendencia a la comisión de esos delitos –art. 101.1.3 ACP–.

Para la aplicación de la custodia de seguridad es necesario que concurren determinados requisitos. En primer lugar que se haya impuesto una pena mínima de tres años por uno o varios de los siguientes delitos: contra la vida, integridad física, libertad o libertad o indemnidad sexual, tráfico de drogas, los cometidos con violencia e intimidación sobre las personas, incluidos los patrimoniales, contra la comunidad internacional de riesgo catastrófico o de incendio y de terrorismo). En segundo lugar, en función del delito y de la pena, se puede requerir la vinculación a la reiteración delictiva. Así, se necesita para su imposición que el penado hubiere sido condenado con anterioridad por uno o varios delitos de los anteriores a una pena mínima total de dos años, de la que se hubiera extinguido ya en prisión al menos dieciocho meses. Ahora bien, no se exige reiteración delictiva si la pena es superior a cinco años y se impone por la comisión de algún delito contra la vida, integridad física, o libertad o indemnidad sexual, contra la comunidad internacional y de terrorismo). En este caso, se puede aplicar la custodia de seguridad solamente con el diagnóstico de peligrosidad.

A estos efectos no se computarán las condenas cuando hubiera transcurrido más de cinco años entre su imposición y la comisión de un nuevo delito. Dentro de este plazo no se computará el tiempo en que el sujeto hubiera estado cumpliendo una medida privativa de libertad o una pena de prisión, aunque hubiera sido en régimen abierto –art. 101.3 ACP–. En todo caso, se valorarán las condenas impuestas por los Tribunales de la Unión Europea, así como las que hubieran sido por otros Tribunales en un proceso desarrollado de

conformidad con los principios del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Derecho a un proceso equitativo) –art. 101.5 ACP–.

## 2. *Fundamento del Anteproyecto para incorporar la custodia de seguridad al Código penal*

El fundamento para esta nueva medida de seguridad importada del Derecho penal Alemán, según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, es por un lado, «la necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia», y por otro, directamente vinculado, la prevención de un determinado tipo de delincuencia relacionada a la reiteración delictiva –«para casos más graves y supuestos excepcionales de reiteración de comisión de delitos de cierta gravedad y constatación de la elevada peligrosidad del penado»–.

Para ello se abandona el límite básico de control del *Ius puniendi* del Estado que consiste en que las medidas de seguridad no pueden resultar más graves que las penas aplicables por el delito cometido. En la exposición de motivos se establece que el límite de la pena debe venir determinado por la culpabilidad del hecho, pero el de la medida de seguridad por la peligrosidad del autor. Lo que lleva a concluir que es posible aplicar medidas de internamiento más allá del tiempo de la pena que debería imponerse si la persona hubiera sido declarada responsable, cuando la pena impuesta en función de la culpabilidad no es suficiente para prevenir el futuro comportamiento delictivo. Este fue el argumento por el que en la LO 5/2010, de 22 de junio incorpora la libertad vigilada posterior al cumplimiento de una pena. En este tiempo político, el prelegislador va más allá en la consolidación del argumento de la peligrosidad; no se conforma con la imposición de una medida de libertad vigilada, sino de internamiento en un centro especial o penitenciario por diez años.

La decisión de incorporar la custodia de seguridad no es una cuestión estrictamente jurídica, sino de política criminal. Ésta debe iluminar sobre la eficacia idoneidad y necesidad de instaurar determinadas instituciones jurídico-penales en función en la prevención de determinados delitos y en la obtención de mayor seguridad ciudadana frente al problema social delictivo. Cuando se trata del sistema penal, la necesidad de la incorporación de figuras jurídicas que supongan la privación de libertad de los ciudadanos, y por tanto, que influyan directamente en la afectación del derecho fundamental a la libertad y a la dignidad, debe ser adoptada con una gran caute-

la, pues estos derechos exigen en un Estado democrático el mayor respeto. Únicamente cuando se garanticen de forma estos derechos fundamentales y, además, se considere como realmente necesaria a nivel social debido a un incremento de la inseguridad ciudadana, la custodia de seguridad podría ser incorporada legítimamente a nuestro Estado de derecho. En mi opinión esta institución jurídica no reúne los requisitos básicos ni en la garantía de los derechos fundamentales, ni en su necesidad social. En los siguientes epígrafes intentaré argumentar este déficit de legitimidad.

### *3. La custodia de seguridad y fundamentos de política criminal*

El argumento del Anteproyecto para instaurar la custodia de seguridad es que trata de «afianzar la confianza en la administración de justicia»; y sin duda, lo hace a través de una expansión de la intervención penal, en la búsqueda de seguridad ciudadana. Para valorar la idoneidad social y jurídica de esta propuesta, habría que contestar a varias cuestiones de política criminal: ¿La custodia de seguridad incrementará la seguridad ciudadana?; ¿la seguridad ciudadana vinculada al Derecho penal está en riesgo?, ¿un mayor sensación de seguridad ciudadana se consigue exclusiva o principalmente a través del sistema penal?, ¿es cierto que la confianza en la administración de justicia se obtiene principalmente aplicando la custodia de seguridad, cuya institución sobrepasa el límite del control del poder punitivo del Estado?, ¿hasta dónde los ciudadanos están dispuestos a ceder en el binomio seguridad ciudadana/libertad y derechos fundamentales? A contestar estas cuestiones están dirigidas las siguientes líneas.

#### *3.1. ¿Es cierto que la custodia de seguridad incrementará la seguridad ciudadana?*

La seguridad ciudadana es un concepto amplio y difuso que depende principalmente de la reflexión que sobre la delincuencia realizan los medios de comunicación a través de la información ofrecida a diario por las oficinas de prensa de los Cuerpos y Seguridad del Estado, así como las reflexiones realizadas sobre juzgados y Tribunales por periodistas y personas que trabajan en los medios de comunicación como «creadores de opinión». Un hecho cierto es que a mayor información sobre delitos, mayor sensación de inseguridad se genera, pues el miedo se transmite como una pandemia emocional. Este efecto se consigue porque mientras los medios buscan sensacionalis-

mo como forma de aumentar sus cuotas de audiencia, las oficinas de prensa de la policía buscan su protagonismo político y social. Estos dos factores unidos dan lugar a que en determinados momentos o tiempos políticos, se incremente o disminuya la información sobre los comportamientos delictivos de los ciudadanos. Y no es extraño que esta información se haga coincidir con determinados momentos que interesan el poder político para desviar la atención de otros asuntos de mayor relevancia.

Siempre han existido delitos y, lamentablemente, continuarán existiendo, sobre todo en épocas de crisis económica y de valores. La intervención penal, a través de la prevención cumple obviamente su función, pero no es la única ni principal fuente de seguridad ciudadana. En estos momentos, la inseguridad más grave es la de supervivencia –laboral, doméstica, alimentos–. Con un 26% de paro, con una reforma laboral que ha conducido a condiciones precarias de trabajo, con el grave problema de la vivienda y los desahucios, con el desmantelamiento de los servicios sociales y en concreto de los centros de atención a drogodependientes, con la reducción de profesionales de la salud y particularmente la mental, ... la sensación subjetiva de inseguridad ciudadana, aumenta. Y, el Estado, incapaz de hacer frente a ésta, más auténtica y real que la vinculada simbólicamente al delito, la intenta suplantar por la que otorga el Derecho penal. Ésta únicamente cumplirá su función el día en que se anuncie la reforma. Posteriormente, la sensación pública de inseguridad continuará igual, porque no se ha intervenido sobre las causas sociales que originan las situaciones precarias y los comportamientos delictivos (adicciones, problemas mentales, déficits en la socialización, pobreza e injusticia estructural a nivel nacional e internacional...entre otros...). A mayor abundamiento en esta idea, según el CIS –marzo 2013– entre los españoles la principal fuente de preocupación es el paro (84,1 %), seguida de los problemas económicos (46%); la clase política (22,1 %), la inmigración (el 11'1%) y de lejos, la seguridad ciudadana (7'2 %). Según estos datos, lo que sería deseable es atajar el paro, los problemas económicos, los de corrupción y ausencia ética de la clase política. En cambio, las medidas van en sentido contrario: más paro, flexibilidad del mercado laboral, mayor penuria económica y mayor corrupción. Se pretende atajar estos problemas utilizando mediáticamente que la solución a la inseguridad puede ser la custodia de seguridad, gracias a la cual se «meterá en la cárcel a quien se considere peligroso»; es muy grave, en mi opinión.

El fundamento de la custodia de seguridad consiste en el intento de neutralizar el miedo difuso garantizando la seguridad ciudadana a toda costa. Ahora bien, no es posible conseguir la seguridad abso-

luta sino al precio de comprometer absolutamente la libertad y los derechos de los ciudadanos. Así frente a sensación de inseguridad ciudadana que se quiere hacer frente con la custodia de seguridad, emerge otro tipo de inseguridad personal más grave y cierta. Hay que tener en cuenta que esta medida se va a imponer, no por delitos cometidos, sino por los que puede cometer en función de un juicio de pronóstico futuro. Es posible afirmar que si a cien personas se les diagnóstica su peligrosidad, y por ello quedan encerrados 10 años más, pudieran evitarse algunos delitos. Pero, qué ocurre si hay un error y de esas personas, las mitad, no hubieran delinquido al quedar en libertad porque sus circunstancias vitales, bien personales, bien sociales, hubieran cambiado, ¿es legítimo privar de libertad diez años más y cinco con libertad vigilada, en base a un juicio de pronóstico incierto y acientífico?... ¿Dónde queda la legitimidad del Estado de Derecho ante los errores judiciales, por hechos no cometidos –lamentablemente existen–, y en este momento por delitos que pudieron no cometerse?... será responsable el Ministro, el asesor que debido a su formación en Derecho penal alemán importó esta institución, el Juez que impuso la medida, el fiscal que la solicitó?... En mi opinión, todos y cada uno, aunque sobre los dos primeros, que en su momento desconocerán cada situación que en la realidad ocurra, quedarán vinculados éticamente a tales errores. Un juicio de futuro sobre la libertad y la dignidad de la persona es sin duda una peligrosa deriva en un Estado que se define constitucionalmente de Derecho. ¿Los ciudadanos estarán dispuestos a ceder su seguridad jurídica frente a la eficacia que tendrá esta medida? Dudo mucho que si realmente supieran que el sistema penal no es para otros, sino que puede ser incluso para él, pues nadie está exento de cometer un delito que le haga ser acreedor de esta medida una vez cumplida su pena si un psicólogo de la prisión dice que sigue siendo peligroso. La seguridad ciudadana es un valor democrático, sin duda, pero la seguridad jurídica un derecho fundamental.

### 3.2. ¿Es cierto que en estos momentos la seguridad ciudadana vinculada al Derecho penal está en riesgo?

En la página web del Ministerio del Interior se establece que «el balance final que arroja el informe sobre la criminalidad de 2012, a pesar de los datos de determinadas tipologías penales, es positivo y viene a manifestar y constatar que la incidencia de la criminalidad en España se mantiene entre las más bajas de la Unión Europea. En el año 2012 se han registrado en España un total de 2.268.665 delitos y faltas, lo que constituye un descenso de un 0,7% con res-

pecto al año anterior...». En el ámbito que comprende los valores a la baja, se aprecia un descenso importante de las categorías de los homicidios dolosos y asesinatos consumados (-5,7%), que corrobora una tendencia en la disminución de los delitos contra la vida. Y se destaca especialmente el descenso importante de los delitos de sustracción de vehículos a motor (-7,8%). Entre los aspectos negativos, se consigna el comportamiento al alza del indicador «Robo con Fuerza en Domicilios» aunque condicionado por los nuevos criterios metodológicos de grabación y cómputo estadístico y también, «aunque con una incidencia porcentual menor, se encuentra la denominada delincuencia violenta, con un incremento del 7% respecto a 2011».

Por tanto, el nivel de delitos no sólo es el más bajo de Europa, sino que en España va descendiendo. ¿Es entonces la seguridad ciudadana un argumento para instaurar una medida de seguridad que presenta tantos déficits de seguridad jurídica en su aplicación?

### 3.3. ¿Una vez implantada la custodia de seguridad se ganará en confianza en la administración de justicia?

El descrédito de la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia no será por otros motivos distintos a la no existencia de la custodia de seguridad y otros temas relativos a la aplicación de las penas?, ¿no será porque existe una ausencia clamorosa de medios materiales y personales para llevar los procedimientos de instrucción, enjuiciamiento y ejecución?, ¿no será que por los obstáculos que en los procedimientos penales sobre delincuencia de «cuello blanco», o de corrupción se dilatan por las maniobras de los famosos abogados que provienen de la fiscalía y la judicatura haciendo casi todos los procesos que se eternicen en los tribunales para que no acaben nunca en condena?, ¿no será porque se imponen tasas para poder pleitear y acceder a la justicia como un derecho básico de los ciudadanos?, ¿no será por la desinformación que sobre el derecho penal, su alcance y eficacia, existe entre los ciudadanos?... por ejemplo, respecto la sensación de que las «personas detenidas entran por una puerta y salen por otra», cuando el índice presos preventivos supera el 16% –personas sin juzgar, y por tanto presuntos inocentes–; o que «los presos no cumplen la condena y salen enseguida», cuando sólo el 15% de los presos esté en régimen abierto y el resto cumple su condena hasta el último día? o por la concesión de indultos no a quien lo merece sino a torturadores y a banqueros y personas vinculadas con el poder que a todos los ciudadanos claman?

Por tanto, en mi opinión, es más que cuestionable que en una Exposición de motivos de una ley, el argumento para incorporar la custodia de seguridad sea que hace para generar más confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, cuando los motivos residen en otro ámbito y que, precisamente son generados por los mismos poderes políticos.

#### *4. La custodia de seguridad y su déficit de legitimidad jurídica*

Este instituto jurídico tiene su origen en el Derecho penal Alemán en 1933. En ese año se introdujo la custodia de seguridad por tiempo indeterminado para los «incurables» que quedaban inculcados. El profesor Muñoz Conde da cuenta del uso que el régimen nazi hizo de esta figura penal. No sólo sobre el origen en un país y en un momento histórico desolador para los derechos humanos, sino sobre otros motivos son sobre los que asienta el difícil encaje de legitimidad jurídica de este instituto.

##### *4.1. Quiebra el derecho fundamental a la libertad y el principio de intervención mínima del Derecho penal*

La persona que sea declarada peligrosa en función de la comisión de un delito previo cuya pena haya sido cumplida y sus circunstancias personales, perderá su libertad en función de juicio de comportamiento futuro.

La formulación clásica del principio de intervención mínima indica que antes de acudir al Derecho penal para solucionar un conflicto –en este caso la prevención de un delito– debe intentarse el recurso a sanciones no penales, y que ni siquiera es legítimo el recurso a las sanciones no penales si el problema puede solventarse con medidas no sancionadoras. No cabe duda que el eventual comportamiento delictivo de futuro, además de ser incierto, podría ser prevenido, no sólo por la eficacia que despliega la finalidad preventiva del Derecho penal con la sanción futura, con la creación de medios personales y recursos asistenciales, terapéuticos, sanitarios y de justicia social, sino también por la intervención de la policía, y en todo caso, por la eventual aplicación de la libertad vigilada tal y como se encuentra regulada en nuestro ordenamiento penal desde la última reforma de 2010. Además, por la eficacia tratamental de la estancia en prisión cuya misión no puede ser ignorada de antemano. Es significativo

que el anteproyecto, como denuncia el informe del Consejo Fiscal, omite las referencias al RD 515/05 de 6 de mayo, creada para reglamentar las medidas de asistencia penitenciaria mencionados en el art. 105 CP.

Con la existencia de estos medios, el Estado no tiene legitimidad para privar de libertad por 10 años más a una persona con el único argumento de un diagnóstico de peligrosidad. Tendrá que hacer uso de los medios y alternativas descritas anteriormente por ser más respetuosas con el sagrado derecho a la libertad y a la dignidad. Se trata de hacer valer el principio de intervención mínima del derecho penal, sobre todo cuando está en juego el derecho fundamental a la libertad, a la dignidad, a la intimidad y a la integridad física y salud mental que se ven limitadas por el cumplimiento de sanciones privativas de libertad.

Se dirá que se está pensando en el agresor sexual con una patología mental que asegura el comportamiento futuro. Pero no es así; se acabará aplicando por la propia dinámica del sistema penal, a muchas más personas y se acabará generalizando su aplicación. Los únicos beneficiarios serán entonces las industrias de la seguridad que verán cómo sus ingresos aumentan ante el incremento notable de reclusos. Perderán los ciudadanos y el Estado de Derecho como tal. Incluso para aquél, los mecanismos que el Estado debe utilizar en la prevención de los delitos son los expuestos anteriormente.

#### 4.2. Quiebra el derecho a la presunción de inocencia

Las medidas de seguridad aplicadas por la inimputabilidad de los autores garantizan este derecho, pues para su imposición ha existido un juicio con todas las garantías para declarar probada la autoría o participación en un hecho delictivo, así como las demás circunstancias acerca de su culpabilidad, que darán lugar a la imposición de un tiempo cierto, con límite máximo de prisión, o de estancia en la cárcel y establecimiento adecuado –sistema vicarial. Art. 104 CP–, que suele ser las cárceles psiquiátricas. Ahora bien, ¿con qué garantías procesales –oralidad, defensa, publicidad, contradicción– cuenta una persona para evitar un internamiento por diez años –custodia de seguridad–, en base a la aplicación de un juicio de peligrosidad realizado por un perito, realizado en un contexto penitenciario, que no admite prueba en contrario?, mas cuando se impone no por la comisión de un hecho delictivo, sino por una valoración de unas circunstancias personales y de la gravedad de un hecho delictivo por el que fue ya condenado y cuya pena cumplida. ¿Estas personas

condenadas estarán bien defendidas y asesoradas durante el cumplimiento de la custodia de seguridad? Posiblemente no. Los turnos de oficio se están desmantelando. Los servicios de asistencia jurídica a los presos que tienen los colegios de abogados están desapareciendo. Sólo quien tenga dinero podrá estar bien defendido. El resto no. Y resulta que los que tienen dinero, muy probablemente, no estarán en prisión.

El único argumento para la aplicación de 10 años más de cárcel es la peligrosidad; según la exposición de motivos «elevada peligrosidad». El juicio hipotético lo hace imposible. ¿Con qué criterios, qué profesionales, con qué datos, una técnico que trabaja en un centro penitenciario está en condiciones de asegurar que una persona delinquirá en el futuro?, ¿y si se equivoca ante tales hipótesis, quién devolverá al ciudadano los 10 años de prisión? No hablamos de un imputable o enajenado mental cuyo estado ha tenido que ser acreditado en el juicio a través de pruebas periciales, así como su participación en el delito correspondiente. En la custodia de seguridad no hay tal juicio, pues la persona es declarada responsable penal y cumplirá la pena correspondiente, y sólo después de su cumplimiento sin ningún juicio ni garantía, se declarará su peligrosidad. ¿Quién actúa más peligrosamente, quien está preso, o quien decide sobre la privación de libertad de otro como juicios hipotéticos?

Ese juicio hipotético se dirá es controlado por el juez o tribunal sentenciador. Es cierto, pero se basará en el emitido por un psicólogo de un centro penitenciario en función de unas variables acientíficas; éstos se convertirán en «pseudojueces», en función de sus informes una persona estará 10 años más privada de libertad y cinco, añadidos de sometimiento a una medida de libertad vigilada. Sin duda tendrán más responsabilidad y sus decisiones tendrán mayores consecuencias que en la actualidad, pues sus informes sirven para que una persona no salga de permiso u obtenga la libertad condicional.

En los centros penitenciarios se utiliza un instrumento que se llama «tablas de variables de riesgo» a los efectos de valorar el riesgo de quebrantamiento del permiso, es decir de no volver tras su finalización. Es un instrumento psicológico que adolece de certeza y rigor. Basta conocer el derecho penitenciario o buscar en las bases de datos jurisprudencia resoluciones judiciales sobre permisos para ver como los jueces de vigilancia penitenciaria y las audiencias provinciales conceden permisos en contra de las decisiones de las Juntas de tratamiento (oscila entre el 25% y 40% en función de los juzgados) y el índice de quebrantamientos de los permisos es ínfimo. Los juicios

erraron en una buena parte; y aunque no tuvieron una excesiva consecuencia aún refiriéndose a la libertad –el permiso de salida afecta a tal derecho–, en la custodia de seguridad es muchísimo más grave; mientras en aquellos la persona no sale de permiso, en esta, estarán 10 años más en la cárcel.

El argumento es que los profesionales de los equipos técnicos emiten informes con tendencia a la defensa institucional, a la defensa de su propio prestigio basándose en la escasa asunción de riesgos. Pero tan erróneo es el permiso mal concedido a quien puede no volver, como el que no se concede y debería haberse concedido porque la persona no habría quebrantado el permiso. En mi trayectoria profesional conozco cientos de personas, con muchos de ellos he convivido en mi casa, que han salido de permiso con pronósticos de reincidencia y de riesgo de no volver elevados, cuyos permisos fueron concedidos por los jueces y ni delinquieron, volvieron, cumplieron su condena y posteriormente, con apoyos sociales y terapéuticos, se reinsertaron. Los juicios de pronóstico no solo se pueden hacer sobre datos del pasado, pues se pueden equivocar cuando en la vida de las personas, en su presente, aparecen cambios en la situación de vida –familia, parejas, hijos, espacios sociales de apoyo, terapéuticos– que lanzan al juicio hipotético de peligrosidad a la basura de la infamia. Asimismo en el concepto «peligrosidad» se amparan muchas resoluciones judiciales para denegar suspensiones y sustituciones de la pena que motivados por el exceso de trabajo burocrático y la falta de datos sobre el reo, así como la negativa a asumir riesgos profesionales, los jueces y fiscales optan en función de ese concepto por enviar a las personas a la cárcel, cuando podría haberse evitado; en el mismo sentido, son numerosas las resoluciones administrativas en el ámbito penitenciario que deniegan derechos y posteriormente tienen que ser corregidas por los jueces de vigilancia penitenciaria en función de la peligrosidad. No es que no existan personas que puedan volver a delinquir, de hecho el número de reincidentes está estudiado, sino el problema radica en determinar quienes sí y quienes no, y el riesgo de error es tan alto, que debería quedar inaplicable como concepto. Insisto, para evitar la reincidencia, hay oros medios: la policía, la libertad vigilada posterior a la pena, la función preventiva del derecho penal, los recursos de asistencia y justicia social.

Esto podrá ocurrir en la custodia de seguridad. Los equipos técnicos sobrepasados de trabajo, en unas cárceles sobresaturadas de penados y escasamente dotadas de funcionarios, con escaso o nulo conocimiento de los presos, salvo por unos datos tomados en documentos estereotipados y unos juicios de pronóstico en ocasiones erróneos, podrían errar en sus juicios de pronóstico.

Por tanto, en estas condiciones, y con estos antecedentes en el ámbito penitenciario, ¿existe garantía absoluta de la evitación de errores en los juicios de pronóstico de comportamientos delictivos para poder tener a una persona 10 años más encarcelada?... la contestación es negativa. ¿Cómo puede una persona, a través de qué proceso garantista y de que medios, defenderse de este juicio hipotético que le llevará a estar 10 años más entre rejas?

#### 4.3. Quiebra el principio básico en Derecho penal de la certeza/determinación de la pena a cumplir

Cuando una persona ingrese en la cárcel a cumplir una condena por un delito de los que posibilitan, puede ser que no sólo esté el tiempo determinado en la sentencia por el delito cometido, sino 10 años más, a los que se incrementarán 5 de libertad vigilada. Esta situación genera una incertidumbre incompatible con la certeza de las sanciones penales en el momento de comenzar el cumplimiento de una pena; en las medidas de seguridad se establece un máximo que será el que correspondería si fuera declarado culpable. Sin duda en un mínimo de certeza de fundamenta la eticidad del Derecho penal.

Ahora este principio se quiebra y en función de la peligrosidad, el límite de la pena se amplía. La seguridad jurídica, junto al derecho a la libertad fueron los motores que impulsaron el Estado de derecho frente a la arbitrariedad del Antiguo Régimen. La seguridad no es más que la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los comportamientos de los ciudadanos. Si seguridad jurídica no hay justo funcionamiento de la sociedad. Desde el punto de vista individual, la inseguridad no permite que las personas puedan planificar su futuro personal, social, laboral, familiar, por lo que la calidad de vida se resiente intensamente. Por tanto, el principio de legalidad como cauce de seguridad jurídica permite que cada ciudadano conozca las consecuencias de su acción. Hecho que no ocurre con la custodia de seguridad. Su futuro dependerá de un juicio de peligrosidad, tan endeble, subjetivo.

El engarce constitucional de la inseguridad jurídica viene referido a la prohibición de los conceptos jurídicos indeterminados. El margen de imprecisión es tolerable siempre que los rasgos esenciales del comportamiento prohibido y de la pena se expresen en la norma penal, de modo que los ciudadanos puedan desarrollar razonablemente su libertad sin temor a consecuencias jurídicas sorpresivas. En consecuencia, el principio de legalidad, expresión de la seguridad jurídica exige al legislador la descripción previa y precisa del

comportamiento punible con «normas concretas, precisas, claras e inteligibles». Anudar una consecuencia jurídica de 10 años de privación de libertad más otros cinco de libertad vigilada en función de la «valoración conjunta de las circunstancias personales del penado, de los delitos cometidos por él, y de las circunstancias concurrentes en los mismos que pongan de manifiesto su tendencia a la comisión de esos delitos» –art. 101.1.3 ACP–, deja en el ámbito de la indeterminación más absoluta el presupuesto de hecho: ¿a que circunstancias personales se refiere?, ¿no supondría además de la indefinición del concepto un atentado al principio de igualdad entre personas?, ¿cómo se van a valorar los delitos cometidos?, ¿desde que punto de vista? ... ¿es determinado afirmar que una persona va a cometer delitos en función de los criterios anteriores?

#### 4.4. Quiebra el principio de proporcionalidad entre el hecho y la pena

La custodia de seguridad trae como causa un juicio de peligrosidad hipotético en base a un delito previo juzgado y cuya pena ya ha sido cumplida. El principio de proporcionalidad es la clave para la conformación de un Derecho penal reducido a lo estrictamente necesario en la protección de la libertad y autonomía de los ciudadanos. Se vincula en el marco constitucional a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos e intervención mínima. El principio de proporcionalidad establece que una norma penal resulta proporcionada si se dan condiciones. Por un lado que no puede ser eficazmente sustituida por una intervención menos contundente. Por otro, que la ponderación entre lo que salva y sacrifica, suponga un balance positivo de lo primero. De la primera variable, ya expusimos que el eventual comportamiento delictivo de futuro, además de ser incierto, podría ser prevenido, no sólo por la eficacia que despliega la finalidad preventiva del Derecho penal con la sanción futura, con la creación de medios personales y recursos asistenciales, terapéuticos, sanitarios y de justicia social, sino también por la intervención de la policía, y en todo caso, por la eventual aplicación de la libertad vigilada tal y como se encuentra regulada en nuestro ordenamiento penal desde la última reforma de 2010. Además, por la eficacia tratamental de la estancia en prisión cuya misión no puede ser ignorada de antemano. En cuanto a la segunda variable, es predecible que la custodia de seguridad pueda prevenir algún delito, pero a costa de un excesivo sacrificio de la libertad de muchos ciudadano a los que se les puede aplicar esta medida y no hubiesen delinquirido de ninguna forma. El balance, sin duda, es negativo y por tanto la legitimidad de la custodia de seguridad quiebra.

Se quiebra la culpabilidad como principio limitador del Derecho penal. Aquella mira al pasado, y supone una suerte de racionalidad y proporcionalidad en la sanción penal. Fija límites conforme aquellos criterios. La peligrosidad mira hacia futuro, pero en un juicio, donde se evoca a lo emotivo, los miedos, escasamente tangibles y científicos, adoptados en función de criterios defensistas por equipos escasamente dotados y sobresaturados de trabajo. Con graves consecuencias: privar de libertad y dignidad. Asimismo la culpabilidad permite establecer la proporcionalidad ente el hecho y la pena en función de la importancia del bien jurídico protegido, de la forma de ataque, de la lesión y de otras variables. Pero a partir de la introducción de la custodia de seguridad, a ese delito se le anudan por un juicio de peligrosidad de comportamiento futuro, hipotético y acientífico, la posibilidad de estar 10 años más en la cárcel y 5 más de libertad vigilada. Y, es posible, por tanto que por un delito de tres años de prisión, por tener un delito previo contra la integridad física, pueda estar tres veces más de tiempo en prisión, por un juicio anudado a tal hecho. Esto supone una grave quiebra en el principio de proporcionalidad.

De forma más específica el principio de proporcionalidad necesita un análisis global de todas las ventajas e inconvenientes de la norma. No sólo de la cantidad –10 años de privación de libertad, en este caso–, sino la calidad –internamiento en un centro especializado que acabará siendo uno penitenciario–, sino también el reproche que comporta la misma, la pérdida de autonomía que suponen en sí –privación de libertad y demás pérdidas y restricciones de derechos anudadas al encerramiento carcelario– y los costes indirectos que generan la administración policial, judicial y penitenciaria –todas sobrepasadas y sobre todo la última–. Por otra parte hay que valorar el beneficio esencial de la norma. En nuestro caso es la prevención de algunos delitos, pero se trata de una previsión incierta, intangible, no cuantificable, hipotética. Y, por tanto, sometida a error y equívoco cuyo coste recaerá exclusivamente en los ciudadanos afectados que serán privados de su libertad durante diez años.

Con todo se nos dirá que la fundamentación de este apartado es sobre la pena y no sobre la medida de seguridad. Mantenemos que la custodia tiene carácter de sanción penal y no de medida de seguridad. No cabe duda de que estamos hablando de dos sanciones penales; una en forma de pena y la segunda en forma de medida de seguridad, pero que se convierte en una auténtica pena, de fijación determinada, por la forma de ejecución y ausencia de garantías en su adopción, lo que supondría un fraude de etiquetas. Para argumentar que se trata de un incremento de la sanción punitiva y por tanto de naturaleza de pena, más que medida estrictamente preventiva es

que la custodia de seguridad es el tratamiento sancionador que el anteproyecto da al autor reincidente. Se propone la modificación del art. 66.5 CP –su supresión– que permitía elevar la pena en un grado en caso de reincidencia cualificada–; y se cambia por una sanción más grave que se anudada la peligrosidad: la custodia de seguridad.

#### 4.5. Vulneración del principio de legalidad («non bis in idem»)

El enraizamiento más común del principio *no bis in idem* en su vertiente material suele realizarse en el principio de proporcionalidad. Si un comportamiento antijurídico ha recibido ya sanción necesaria y proporcionada, cualquier ulterior sanción supondrá un derroche inútil de violencia, vedado en un Estado democrático.

Para evitar la colisión con este principio, la exposición de motivos señala que la pena se impuso por el hecho delictivo, pero la custodia de peligrosidad por la peligrosidad.

En el régimen general, cuando se impone una medida de seguridad ante un inimputable o seminimputable, se aplica bien la medida de seguridad en función de la peligrosidad, o la pena que puede cumplirse de forma vicarial, es decir, total o parcialmente en forma de medida de seguridad. Entonces, por un único hecho se le impone o una medida de seguridad, o una pena que en parte puede cumplirse como pena o en parte como medida de seguridad, pero con un límite temporal. Eso haría imposible la colisión del principio *non bis in idem*. Una (medida) o dos consecuencias (pena y medida) que en esencia es la misma, con un tiempo definido aunque de diferente forma de ejecución –art. 6.1 CP–.

Cuestión distinta ocurre con la custodia de seguridad. Se impone una pena por un juzgado o tribunal en función de un hecho; pero posteriormente, aunque sea por un juicio hipotética de peligrosidad, se permite que el tribunal imponga otra medida de seguridad, que se transformará, por la forma de cumplimiento, en una pena similar a la anterior. Esta segunda, viene anudada a la primera. Por tanto, no es una medida que se cumple de una o dos formas, sino que son dos consecuencias: la de la pena, como mínimo de tres años –art. 101 P–, más otra de diez como custodia de seguridad. Y esta segunda por la peligrosidad que se deduce del primer hecho delictivo. Es decir, si este no se hubiera cometido, la segunda tampoco se hubiera impuesto. Por tanto se imponen dos consecuencias jurídicas, autónomas, con tiempos determinados, distintos, por un único hecho. Así, la STC 21/1987 de 19 de febrero señala que el principio de *non bis in idem*, enlazando con los principios de legalidad y proporcionalidad impi-

de la concurrencia de penas y medidas de seguridad sobre hechos típicos igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlo diciendo que en un caso se sanciona la culpabilidad y en otro la peligrosidad. Asimismo puntualiza que la imposición de medidas de seguridad antes de la condena penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida son contrarias al principio de legalidad penal, ya que no cabe otra condena –y la medida de seguridad lo es– que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal.

No cabe duda de que estamos hablando de dos sanciones penales como ya expusimos en el apartado anterior. La custodia de seguridad se convierte en una auténtica pena, de fijación determinada, por la forma de ejecución y ausencia de garantías en su adopción, lo que supondría un fraude de etiquetas.

En este mismo sentido, la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de los derechos humanos el 17 de diciembre de 2009 en el Case de «M. v. Germany, Application no. 19359/04, no suscribe los argumentos del gobierno alemán en el sentido de que la custodia de seguridad sirva a un propósito preventivo y no punitivo desde el momento en que en el art. 66 del CP alemán está previsto sólo respecto de personas que han sido condenadas repetidamente por delitos de cierta gravedad. Incluso si se pudiera afirmar que las penas cumplen generalmente fines punitivos y las medidas de corrección están dirigidas fundamentalmente a la prevención, no está claro que los objetivos de ambas sanciones no se solapen. Más aún, dada su duración ilimitada, la custodia de seguridad puede muy bien ser entendida como un castigo adicional.

Por otra parte, El TEDH en la sentencia 17.12 2009 señaló que no es contraria a este principio la aplicación conjunta de una pena, fundamentada en la culpabilidad y una medida en la peligrosidad siempre que se haya valorado la peligrosidad por un tribunal, en relación con el delito cometido, que otras medidas se revelen ineficaces y tenga la misma perspectiva de libertad. Sin duda, el tribunal hará el juicio de peligrosidad, pero lo único que dará ser validez y cobertura jurídica a un informe realizado por un técnico, de imposibilidad de certeza y seguridad, y que además habría que reflexionar sobre el contexto sobre el que fuera emitido, pues si lo es en prisión, no será de extrañar que por determinadas variables de adaptación al entorno penitenciario, la conclusión fuera tras un la entrevista y la aplicación de un instrumento de valoración que fuera peligroso. Por otro lado, no se aplican otras medidas que resulten igualmente eficaces, por falta de medios o por voluntad política inicial, porque los hay; entre

ellos la libertad vigilada. Y respecto de mantener la perspectiva de libertad, sólo hay que acudir al informe el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas visitó Alemania del 26 de septiembre al 5 de octubre de 2011 prestando especial atención a la custodia de seguridad allí aplicada. A tales fines, el Grupo se entrevistó con varios detenidos, particularmente en la prisión Fülshüttel, en Hamburgo. Todos ellos habían ya cumplido su condena pero permanecían allí, privados de libertad por tiempo indefinido, porque se había considerado que seguían representando un peligro para la sociedad. En algunos casos, la custodia de seguridad se había contemplado en la sentencia condenatoria, pero en otros les había sido aplicada retroactivamente. Todos los detenidos entrevistados se mostraron escépticos ante la eventualidad de llegar a acceder a un régimen diferente, fuera de prisión.

Sin duda se ha llegado a la prohibición del *bis in idem* desde el propio valor de la dignidad humana que veda una nueva sanción a un comportamiento que ha quedado eliminado de la conciencia y el reproche colectivo con el cumplimiento de una pena, tal y como ocurre con la custodia de seguridad.

Una cuestión más sobre la posible vulneración del principio *non bis in idem*. El anteproyecto señala que «se valorarán las condenas impuestas por los Tribunales de la Unión Europea, así como las que hubieran sido por otros Tribunales en un proceso desarrollado de conformidad con los principios del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (Derecho a un proceso equitativo) –art. 101.5 ACP–. Pues bien, el art 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país» (en el mismo sentido se manifiesta el art. 4 del protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos humanos). Sin duda, la custodia de seguridad, en su vertiente de sanción penal que ya hemos justificado líneas arriba, se enfrenta abiertamente con este principio.

#### 4.6. Posible vulneración del principio de culpabilidad

Sólo se puede castigar a una persona por lo que hace, porque aquello depende de su voluntad, y no por su manera de ser o por sus características físicas o psíquicas; No es constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determine penas en atención a la personalidad del reo y no en función de la culpabilidad de éste en

la comisión de los hechos (STC 150/1991 FJ4). Se exige, por tanto, una conducta concreta, de manera que este principio se opone a la sanción a una persona por su mera identidad, carácter o trayectoria vital.

La custodia de seguridad que se adoptará en función del carácter de la persona, principalmente, sin juicio de inimputabilidad por un lado y sin la comisión de delito como requisito para su adopción, salvo uno anterior cuya pena ya habrá sido cumplida, deja en el límite de legitimidad esta medida por atentar al principio de culpabilidad.

Se puede argumentar que la custodia de seguridad goza la naturaleza de medida de seguridad y su fundamento es la peligrosidad. No obstante, para las medidas de seguridad se exige la comisión de un delito pues refuerza el pronóstico de peligrosidad, fortalece el principio de legalidad y reduce los límites de la función preventiva. Y en la consecuencia jurídica de éste se aplica la medida de seguridad (en vez de la pena o como complementaria como sistema vicarial). Es cierto que la custodia se basa en la comisión de un delito previo, pero cuya pena ya se ha cumplido por ser imputable y responsable su autor. Ahora se trata de una «consecuencia accesoria» en función de un juicio de peligrosidad y no se cumple dentro de la consecuencia jurídica impuesta por el delito cometido. Es una consecuencia jurídica nueva que afecta al derecho fundamental a la libertad.

#### 4.7. Se despedaza el principio de reinserción social establecido en el art. 25.2 de la Constitución Española

No es conveniente relativizar las graves consecuencias que tiene el cumplimiento de una pena en la cárcel. La enorme destructividad de la cárcel en general queda reflejada en un universo emocional que se describe y por el que todos han pasado en mayor o menor medida: odio, rencor, violencia, agresividad, inquietud, indefensión, incertidumbre, irritabilidad, desesperación, deseos de venganza, sentimientos de pérdida, impotencia, agobio, tristeza, amargura, resentimiento, rabia, ansiedad, desconfianza, introversión, soledad, temor, asco, pánico, y desamparo. Permanecer encerrado en un espacio minúsculo durante tantos días..., al menos... aislados en las celdas y sobreviviendo en la soledad íntima de un patio hacinado con todo tipo de personas con historias complejas de violencia y sufrimiento no es ni mucho menos personalizador. Tampoco los cacheos corporales, la ausencia de visitas o su limitación, los traslados en furgones agobiantes carentes de espacio o la continua incertidumbre. Por supuesto, en los delitos más graves, las víctimas asesinadas ya no

tienen oportunidad ni siquiera de padecer esto, ni sus familiares de ir a visitarlos, salvo al cementerio. Pero desde una perspectiva ética y humanitaria, con el sufrimiento no se hacen compensaciones, ni cálculos. El dolor de cada cual es un absoluto personalísimo y un ámbito siempre susceptible del mayor respeto moral. Ser sensible al dolor ajeno, sea justo o injusto, evitable o inevitable, siempre dignifica a quien ejerce el respeto y escupe indignidad sobre quien es insensible a él. Esta debiera ser una regla de oro para todos los seres humanos

La ley establece que la custodia se cumplirá en un establecimiento especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social de la medida; también podrá ser cumplida en establecimientos de cumplimiento de penas, (o sea, en las cárceles)– art. 101.4 ACP. Pues bien, esto es un eufemismo indecente para salvaguardar la conciencia de quien adoptar esta medida. No habrá ni centro especial, ni plan individualizado de tratamiento, ni reinserción social. Lo que con total certeza existirá será un patio de una cárcel, hacinada, con escasa actividades ocupacionales, y el sometimiento a un régimen penitenciario común donde la dignidad, la intimidad y la libertad están absolutamente cercenadas. Esta es la experiencia, no sólo mía, sino de muchos profesionales que durante años han prestado su asesoramiento jurídico desde los colegios de abogados de toda España. Y, en particular, sobre la custodia de seguridad, en Alemania, la experiencia es justamente esta. Así, el comité europeo para la prevención de la tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes (CPT), a partir de las visitas giradas a la prisión alemana Berlín-Tegel del 20 de noviembre al 2 de diciembre de 2005, y de observar las condiciones de internamiento de los allí detenidos en ejecución de una orden de custodia de seguridad, emitió un informe que hizo llegar al gobierno alemán. Tras admitir que las condiciones materiales percibidas en la prisión eran buenas y que –en comparación con los presos, digamos, «ordinarios»– los castigados a custodia de seguridad contaban con ciertos «privilegios» (dos horas de visita al mes en lugar de una; cuatro horas de ejercicio en el exterior, en lugar de una; acceso ilimitado al teléfono...), advertía que no todos los internos en custodia eran capaces de «disfrutar» de tales oportunidades ya que la mayoría, si no todos, sufrían de múltiples desórdenes de personalidad: estaban demasiado desmotivados para tomar parte en actividades que los relacionaran con el mundo exterior y permanecían todo el tiempo en sus celdas, en soledad. Incluso los pocos que tomaban parte en tales actividades manifestaban que se trataba de estrategias para pasar el tiempo, sin ningún propósito real. Varios de los internos que fueron entrevistados por miembros del comité les expresaron su sensación de que jamás saldrían

de allí y que lo único a que podían aspirar era a prepararse para morir en prisión. Los miembros del comité constaron que el estado anímico de los detenidos en custodia guardaba relación directa con la detención indefinida que sufrían. El CPT detectó asimismo cómo el equipo de tratamiento (incluido el trabajador social) brillaba por su ausencia: en la unidad donde se hallaban las personas sujetas a la Sicherungsverwahrung, los contactos con los internos se reducían al mínimo.

Al final, inevitablemente, la persona saldrá y más deteriorada y por tanto, con más posibilidades de que vuelva a delinquir. Habrá que ver qué hacemos con una persona desarraigado y seguramente más prisionizado y peligroso 10 años después de haber extinguido su condena... ¿Quién y dónde se ocupa de él cuando de hecho se renunció a priori a su reinserción?

Por otro lado, parece evidente que si a una persona se le impone un período de seguridad por su peligrosidad, se le está cercenando la posibilidad de progresar de grado, acceder a permisos y a la libertad condicional. En último extremo se le estará impidiendo que la legislación penitenciaria, de la que no está excluida se le aplique. Algo muy grave, que lo único que provocará en las personas será mayor agresividad por impotencia; no sería imposible que sus comportamientos violentos en prisión se incrementasen, lo que lamentablemente confirmará el juicio de peligrosidad. Se niega el derecho inalienable de cambiar, de modificar las conductas, a que se esté abierto a lo inédito viable. Y en función de una categoría subjetiva, se lance a una persona a la prisión sin salida.

#### 4.8. Es una medida cuestionada por organismos internacionales de derechos humanos en los países en los que está vigente

Así en Alemania, el comité europeo para la prevención de la tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes (CPT), como consecuencia de las visitas a la prisión Berlín-Tegel (Alemania) en 2005 hizo una recomendación a las autoridades alemanas sobre la necesidad de que revisasen con carácter de urgencia y al más alto nivel<sup>3</sup> el tratamiento de los internos sujetos a custodia de seguridad, ya que los apoyos y ayudas psicológicas son seriamente inadecuados, debiéndose establecer equipos multidisciplinarios de expertos que

---

<sup>3</sup> Literalmente se lee en el apartado 100 de la sentencia del TEDH relativa al caso *M.v. Germany*, de la que se extrae la información del informe emitido por el CPT, así como la de las recomendaciones del comisionado Sr. Hammarberg.

trabajaran intensamente con los internos sobre bases individuales, en un marco coherente dirigido a su progresiva puesta en libertad. Un año más tarde, el comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa, visitó y se entrevistó con distintas autoridades y médicos especialistas en custodia de seguridad. A consecuencia del mismo hizo un llamamiento a las autoridades competentes animó a evaluar previamente la posibilidad de aplicar otras medidas alternativas a su adopción de contenido y efectos menos aflictivos.

Por otra parte, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas visitó Alemania el 26 de septiembre al 5 de octubre de 2011. A tales fines, el Grupo se entrevistó con varios detenidos, particularmente en la prisión Fülßbuttel, en Hamburgo. Tras los contactos, el Grupo de Trabajo emitió un comunicado, previo al informe definitivo pendiente de presentar ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, instando a las autoridades germanas a «asegurar que su marco institucional y legal relativo a la privación de libertad cumple plenamente los estándares de derechos humanos contemplados en las leyes [alemanas] y los tratados internacionales»<sup>4</sup>.

Con estos antecedentes, ¿hay motivos y fundamentos de suficiente peso jurídico, ético y social como para introducir esta medida?

#### 4.9. Aplicación generalizada, incumpliendo lo establecido en la exposición de motivos

La exposición de motivos del Anteproyecto señala expresamente que la custodia de seguridad se aplicará «únicamente en supuestos excepcionales de reiteración de la comisión de delitos de especial gravedad y constatación de la elevada peligrosidad del sujeto». A este respecto, los delitos castigados con más de cinco años de prisión podrán conllevar medidas de seguridad sin que exista reiteración delictiva previa. Por otro lado, en la descripción que el articulado hace de los delitos susceptibles de posterior aplicación de custodia de seguridad son demasiado genéricos incumpliendo lo que en la exposición de motivos se denomina «los delitos de especial gravedad»; tendrían que como establece el informe del Consejo fiscal sobre el Anteproyecto, determinarse los delitos de forma concreta.

---

<sup>4</sup> El texto en inglés conteniendo las observaciones preliminares y las recomendaciones redactados por el Grupo de Trabajo de la ONU que se acaban de extractar (con traducción propia), puede obtenerse desde la página web de UNO, en internet.

#### 4.10. Consecuencias para la Administración de Justicia

La aplicación, que no será excepcional, sino más bien generalizada incrementará el número de ciudadanos presos en unas cárceles ya sobreesaturadas. Habrá más incomodidad y conflictividad penitenciaria y más vulneración de la intimidad y de los derechos que se limitan por la condena. Además se deteriorarán las ya recortadas condiciones laborales de los funcionarios de prisiones, sobre todo si se piensa en la congelada oferta de empleo público y en la congelación de los gastos corrientes y de inversión penitenciaria.

Los jueces ya no controlarán la efectividad sus condenas y quedarán éticamente comprometidos por el sufrimiento desmedido que produce la legalidad. Tendrán que acabar haciendo lo que han hecho en los desahucios, pues saben que envían a prisión a una persona por un tiempo concreto pero ampliable por razón del perfil del autor (no por la gravedad del hecho) varios años más.

Lo más preocupante, aunque ya me he referido a ello en varias ocasiones es ¿quién y en qué condiciones se va elaborar esos informes?, ¿tendrán el rigor necesario?... Tenemos que recordar que la violencia es innata a todo ser humano y después de pasar por prisión, la ansiedad se dispara y, por tanto, los parámetros de agresividad que pueden ser considerados normales en lo cotidiano (incrementados en la actualidad por la angustia que provoca la crisis) aparecerán sobrelimitados por la experiencia de la cárcel lo que per se podrá ser tenido como indicador de peligrosidad para emitir el juicio previsto. Por otra parte, si en este momento, con una presión de demanda menor, los enfermos mentales carecen de la mínima atención exigible, si no existe tratamiento individualizados para la mayor parte de los penados, ni tiempo para el encuentro entre los profesionales y las personas presas, ¿cómo esperar que prisiones sobreesaturadas cuentan con los medios profesionales de diagnóstico e intervención para valorar y predecir el comportamiento futuro de un ser humano? ¿No estamos entregando un auténtico «poder» del Estado a unos profesionales que carecen de él?

#### 4.11. Cuestiones procesales

La imposición de la custodia de seguridad, según el texto de anteproyecto, debe imponer de forma obligatoria por el juez o tribunal cuando se concurran los requisitos. Es significativo que no se deje al juez la posibilidad para valorar su aplicación como ocurre con la aprobación del período de seguridad –art. 36 CP– que para penas

superiores a cinco años, puede impedir que se aplique el régimen abierto hasta cumplida la mitad de la condena. De esta manera se posibilitaría que pudiese hacer valoraciones más amplias que las que le vendrán determinadas por el informe técnico de peligrosidad. Esta medida convierte a los jueces en meros ejecutores, casi sin posibilidad de valoración. De todas formas es un salto cualitativo y cuantitativo exagerado de intervención frene a la reincidencia. De pasar del periodo de seguridad –hasta el cumplimiento de la mitad de la condena no se puede acceder al régimen abierto–, a la custodia de seguridad, diez años más en la cárcel, hay tanta desproporción, que no existen datos empíricos, ni estadísticos, como ya reflejamos en otro epígrafe de este artículo que lo justifique. Pareciera que la única motivación es únicamente de interés político-mediático, y personal del asesor y sus fuentes jurídicas por el Derecho penal alemán.

No se establece si tiene que fijarse en la sentencia o en la fase de ejecución. No es posible dejar un período de incertidumbre sobre la estancia en prisión de 10 años más posteriores al cumplimiento de la pena, hasta unos meses antes de la finalización de su cumplimiento.

Se establece la posibilidad de que el tribunal suspenda la medida, pero en su caso tiene que imponer obligatoriamente la medida de libertad vigilada. Esto supone llevar hasta el extremo el control estatal sobre un concepto de peligrosidad que en estos casos es inexistente, pues se supone que la peligrosidad debería haber desaparecido. El informe del Consejo fiscal sobre este anteproyecto llama la atención sobre ambos aspectos, señalando que la revisión tendría que hacerse cada año en vez de cada dos, y que la imposición de la libertad vigilada no sea obligatoria cuando la custodia se suspenda. De todas formas el tribunal podrá suspender, pero lo hará en función de los criterios técnicos de un psicólogo, que muy posiblemente estará imbuido del temor ante la existencia de la asunción de un riesgo. ¿Qué le ocurrirá profesionalmente si emite un informe de no peligrosidad y la persona delinque?... ante esta pregunta, la tendencia humana es a utilizar criterios restrictivos que difícilmente podrán llevar a la suspensión de la custodia de seguridad, con el consiguiente perjuicio para el ciudadano preso por un hipotético juicio de comportamiento futuro.

