

LA CUSTODIA DE SEGURIDAD, UNA MEDIDA BAJO SOSPECHA.

*“Una vez que los incorregibles son inocuizados,
la pena de muerte es superflua”.*

Von Liszt

1. Introducción.

El último anuncio de reforma del código penal realizado por el ministro de justicia español ha abierto –probablemente sin pretenderlo- un debate dogmático que en una primera aproximación parece novedoso pero que, salvando todas las distancias –que, quizá, después de todo, no sean tantas-, reedita el que hace más de un siglo se libraba en la ciencia alemana del derecho penal en torno al tratamiento de los delincuentes habituales o peligrosos por tendencia y la aparente insuficiencia de la respuesta al delito dada por la pena en tanto vinculada al concepto de culpabilidad.

En este sentido la cita de Von Liszt que prelude estas breves notas no es casual. Sin duda una de las principales aportaciones de la ciencia penal alemana desde finales del siglo XIX a partir de la llamada “lucha de escuelas” entre Von Liszt y Binding, que comenzó a dar frutos normativos más adelante coincidiendo con la época de entreguerras y la República de Weimar, fue el estudio y el intento de regulación de las medidas de seguridad post-delictuales, fundamentadas en el concepto de “peligrosidad”, y la pena como consecuencia principal del delito, ligada al concepto de “culpabilidad” tal como fue elaborado por la dogmática jurídico-penal de la época, entendida como garantía de los derechos reconocidos al infractor y como límite al poder punitivo del Estado. Los avatares que caracterizaron la historia de Europa a partir de los años ‘30 del siglo pasado determinaron que –en concreto, en Alemania- los planteamientos eclécticos de Gustav Radbruch en los sucesivos proyectos legislativos llamados a plasmar en el derecho positivo las corrientes y tendencias con que se lidiaba en la doctrina científica germana, se vieran finalmente superados con la introducción en la legislación positiva alemana a través de la ley del delincuente peligroso y habitual de 24 de noviembre de 1933, de la *custodia de seguridad*¹ por tiempo indeterminado para los “incorregibles”, que

¹Del uso que hizo el régimen nazi de la custodia de seguridad da cuenta el profesor Muñoz Conde, citando un trabajo de investigación del penalista Hellmuth Mayer: “No se puede saber ya cuál era el número de los condenados a internamiento de seguridad en 1942. Quizás fueran unos 15.000...” (F. Muñoz Conde, “Edmud Mezger y el derecho penal de su tiempo”, Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pág. 46).

quedaban así “inocuidados”, en la terminología ya acuñada por Von Liszt, y abría la veda a la barbarie que culminó en el proyecto de ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad².

Más adelante veremos brevemente la actual configuración de la custodia de seguridad en el derecho penal alemán en vigor, y su cuestionamiento desde el derecho europeo e internacional de los derechos humanos. Ahora tan sólo se ha tratado de enmarcar dogmática e históricamente esta institución antes de analizar sucintamente su encaje en el derecho penal contemporáneo y en concreto su eventual introducción en el sistema de justicia penal español.

2. Situación en España

Los antecedentes históricos recientes en España en torno a las medidas de seguridad justifican todas las cautelas.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (LPRS), vigente desde 1970 hasta 1995³, que vino a sustituir la Ley de Vagos y Maleantes para el control de los elementos considerados antisociales, una de las pocas leyes promulgadas durante la II República que el régimen franquista no sólo no derogó sino que aplicó y amplió para incluir la represión de los homosexuales⁴, supuso “tanto en la teoría como en la práctica, una perversión del derecho penal y un abuso del poder del Estado”⁵ al sancionar a las personas definidas en la norma como *peligrosos sociales* con medidas de carácter pre-delictual, que en poco o nada se diferenciaban de las penas en sentido estricto o de las medidas de seguridad post-delictuales, desbordando así los últimos muros de contención del poder punitivo estatal, el principio de legalidad y el principio de intervención mínima.

Pese a que la lectura del art. 25.2 de la Constitución (CE) y el art. 1 de la Ley General Penitenciaria parecía conducir al derecho penal posterior a la dictadura hacia un sistema monista de organización de las consecuencias del delito que viniera a superar, en el ámbito del derecho positivo, la contradicción dogmática entre culpabilidad y peligrosidad, entre retribución y prevención, entre prevención general y prevención especial, los sucesivos proyectos y anteproyectos de Código Penal posteriores a la CE contemplaron un sistema dualista, matizado por el intercambio vicarial entre pena y medida de seguridad, con exclusión absoluta –eso sí– de las medidas pre-delictuales⁶. De tal tenor resultó el Código Penal (CP) en

²Cuya versión de 17 de marzo de 1944 puede leerse en el texto reseñado en la nota anterior, págs. 193 y ss.

³ Ni siquiera las sentencias del Tribunal Constitucional, que reprobaron aspectos fundamentales de la normativa en que asentaba la ley, como las medidas pre-delictuales, llegaron a declararla inconstitucional, y su derogación total sólo se produjo con la promulgación del CP en vigor.

⁴Fruto de la influencia de la teoría del delito dominante en los años '30 del siglo pasado en Alemania sobre uno de los grandes juristas españoles, el catedrático don Luis Jiménez de Asúa, quien moriría en el exilio argentino precisamente el mismo año en que la ley que impulsó y de la que seguro renegó, la vieja ley de vagos y maleantes, fuera derogada ya en las postrimerías del franquismo para dar paso a la LPRS, la nueva versión empeorada de aquélla.

⁵F. Muñoz Conde, “Derecho Penal y control social”, Ed. Themis, Bogotá, Bogotá, 2004. Pág. 43.

⁶En defensa del monismo se pronunció buena parte de la doctrina científica durante la etapa constituyente. Así, el profesor Rodríguez Devesa publicó en 1978 en el Anuario de Derecho Penal y

vigor, que regula las medidas de seguridad en los arts. 95 y ss., previstas para quienes cometen una infracción penal y carecen de plena capacidad de culpabilidad (son inimputables o semiimputables).

El art. 6 CP en su párrafo 1º fundamenta las medidas de seguridad en “la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”, y en el 2º establece los límites, que –en este contexto- constituyen también las garantías, al disponer que “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”.

La regulación en el CP de 1995 de la medida de seguridad en los términos y caracteres indicados se debió, en gran medida, a las exigencias mínimas que venía enunciando el Tribunal Constitucional en las sentencias resolviendo los recursos de amparo interpuestos con ocasión de la aplicación de la LPRS. Tales exigencias pueden resumirse en las siguientes⁷:

- Las medidas de seguridad están sujetas al principio de legalidad en los términos del art. 25.1 CE aunque su literalidad solo se refiera a delitos e infracciones administrativas, porque materialmente equivalen a una sanción, por su contenido aflictivo.

- En nuestro sistema constitucional sólo caben las medidas post-delictuales, descartándose por completo las pre-delictuales aplicables al supuesto *estado peligroso* de quien todavía no ha delinquido.

- La aplicación de las medidas de seguridad debe verse rodeada de las mismas garantías que rigen para las penas. Las diferencias en su fundamento no deben afectar al respeto de los derechos y garantías penales y procesales en su aplicación, desde el momento en que se trata de un instrumento más de control social que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado.

- En caso de concurrencia de las dos formas de reacción al delito, ha de apostarse por el sistema vicarial, que cumple con el objetivo de evitar que la duración de la pena y de la medida se sumen, incrementando la aflictividad de la privación de libertad, al ejecutarse ambas sanciones de forma sucesiva comenzando por la medida y computando su tiempo de cumplimiento como de ejecución de la pena. La integración de la pena y la medida de seguridad permite no quebrantar el principio “ne bis in ídem” ya que, de aplicarse acumulativamente, se sancionarían de nuevo “desde la misma perspectiva de defensa social unos hechos ya sancionados” (STC de 27-11-1985).

Conviene tener en cuenta los argumentos de nuestro máximo intérprete de la Constitución mientras examinamos, a continuación, la opción legislativa adoptada por los diversos sistemas penales en el derecho comparado y particularmente en el derecho alemán.

Ciencias Penales un estudio reveladoramente titulado “Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto”, en el que defendía que fuera la pena la única respuesta al delito, rechazando incluso las medidas de seguridad post-delictuales porque en último caso siempre se imponen por hechos futuros e inciertos, violentando el principio de legalidad y el de seguridad jurídica.

⁷Seguimos en este extremo el texto de F.Muñoz Conde y M.García Arán, Derecho Penal, parte general, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, págs.. 585 y ss.

3. Situación en el derecho comparado. El caso alemán.

Al déficit de legitimidad y de límites intrínsecos que, como hemos visto, vienen acompañando a las medidas de seguridad en su devenir histórico, se ha unido en los últimos veinte años una tendencia generalizada en los países del primer mundo caracterizados por disfrutar de formas de poder político plurales y democráticas e instalados en mayor o menor medida en el bienestar económico, por entronizar *la seguridad* como categoría prioritaria en las políticas criminales y trasladar la inquietud social creada -tras propalarla con una convicción y eficacia dignas de mejor causa- al ámbito del derecho penal consiguiendo situarle en primera línea de la batalla declarada a la delincuencia, con su característica y demoledora eficacia represora, pero perdiendo en el camino sus signos de identidad garantistas y los valores y principios que lo configuran como la “última ratio” del ordenamiento jurídico en los estados de derecho.

En el derecho anglosajón, a partir de los años ‘90 del siglo pasado comienza a extenderse, especialmente en los EE.UU. de América, la desconfianza hacia las opciones rehabilitadoras, el recelo respecto de las libertades bajo palabra (“on parole”), la intolerancia absoluta hacia toda forma de reincidencia, y se consolida el giro hacia el asilamiento y apartamiento social de quienes se cataloga como imputables peligrosos, para los que no se duda en establecer instrumentos de carácter no sólo punitivos sino también preventivos “a futuro” que pueden llegar a implicar privaciones de libertad por tiempo indeterminado. Así, en los EE.UU., especialmente sensibles respecto de los delincuentes sexuales, se han ido barajando y aplicando medidas tendentes a su neutralización, desde los registros públicos para este tipo de delincuencia y las castraciones químicas como condición para obtener la libertad condicional, hasta la medida denominada “civil commitment” o “involuntary commitment” por cuya virtud el condenado que ya ha cumplido condena deberá permanecer privado de libertad por tiempo indeterminado hasta que deje de representar un peligro para la sociedad⁸. En el Reino Unido, está previsto en el equivalente al Código Penal, “the Criminal Justice Act” de 2003, la diferenciación entre la parte punitiva y la parte preventiva de las condenas a cadena perpetua (“life sentences”), de forma que cumplida la parte retributiva, se considera al preso in custodia (“in custody”) y pasa a cumplir la parte preventiva, pudiendo ser puesto en libertad a prueba (“on probation”) sólo si se estima –entre otros requisitos- que no constituye ninguna amenaza social, a partir de un análisis de su nivel de peligrosidad que determina, asimismo, las condiciones de su encierro y las posibilidades de obtener beneficios para la reducción de la condena⁹.

En el derecho continental, los mecanismos protectores de la sociedad frente a la amenaza proveniente de los sujetos con tendencia a la repetición de hechos graves, se han articulado a partir del “modelo” brindado por el derecho penal alemán, la custodia de seguridad, presente

⁸Robles Planas, R.: “Estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad”. InDret, Revista para el análisis del derecho. Barcelona, 2007 www.indret.com

⁹La descripción del sistema previsto en los arts. 269 y 277 de la CJA y del art. 28 de la “Crime (Sentences) Act, de 1997 se ha extraído del apartado 73 de la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de los derechos humanos el 17 de diciembre de 2009 en el “Case M. v. Germany”, Application no. 19359/04, a la que se puede acceder desde la página web del propio TEDH. A ella se hará referencia frecuente en lo sucesivo.

en aquel ordenamiento, como se ha dicho, desde 1933. Además del caso de Alemania, al menos otros ocho países europeos han adoptado en sus sistemas la llamada *detención preventiva* (“preventive detention”) respecto de aquellos delincuentes condenados en firme que, habiendo sido declarados imputables al tiempo de cometer los delitos, siguen siendo reputados peligrosos para la sociedad en tanto que se les sigue considerando capaces de reincidir. Hablamos de Austria, Francia, Dinamarca, Liechtenstein, Italia, San Marino, Eslovaquia y Suiza. La detención preventiva o custodia de seguridad es acordada, en general, en la sentencia dictada y la peligrosidad de los detenidos es revisada periódicamente, permaneciendo entre tanto en centros de internamiento especiales allí donde se han creado o, en otro caso, en prisiones ordinarias, bajo un régimen de cumplimiento especial.

Con todo, es en Alemania donde, por razón de sus orígenes y de la evolución experimentada por la “custodia de seguridad” y las consecuencias derivadas de ello, resulta obligado a posar la mirada con mayor detenimiento.

El Código Penal alemán distingue entre las penas (Strafen) y las denominadas medidas de corrección y prevención (Mabrageln der Besserung und Sicherung) como formas de reacción frente a los ilícitos penales. Este sistema gemelar de sanciones penales, cuya introducción en la legislación positiva venía siendo discutida desde el siglo XIX, fue –como ya sabemos– incorporado al CP alemán por medio de la ley del delincuente peligroso y habitual de 24 de noviembre de 1933. Las normas relativas a la detención preventiva o custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) permanecieron en vigor, inalteradas en su esencia, después de 1945 si bien con algunas ligeras modificaciones que el legislador alemán fue introduciendo a partir de 1969.

Concebida como el principal instrumento para combatir a los delincuentes peligrosos y reincidentes, la custodia de seguridad ha sido reformada recientemente en varias ocasiones para ampliar las posibilidades de su aplicación. Está regulada en el art. 66 CP alemán como una prolongación de la privación de libertad una vez cumplida la condena de prisión, bien con carácter obligatorio en casos de delincuencia grave y/o reiterada, o con carácter potestativo cuando, aun no existiendo condenas anteriores, el infractor presenta tendencia o propensión a la reiteración de delitos graves, y se constata peligro para la comunidad. Tras la reforma de 1998, se eliminó el periodo máximo de cumplimiento, establecido en diez años, para transformarlo en indefinido. Hasta el año 2002 la medida de seguridad debía acordarse en la sentencia condenatoria; a partir de esa fecha, cabe reservarse en la sentencia la posibilidad de su imposición hasta el momento en que el penado haya cumplido una parte importante de su condena. La tendencia expansiva en la evolución de esta medida culminó –de momento– en el año 2004 cuando se introdujo la posibilidad de imposición de la custodia de seguridad *posterior al cumplimiento de la pena*, es decir, decidida después de la sentencia condenatoria y antes de que el penado fuera puesto en libertad.

Según datos procedentes del gobierno alemán¹⁰, en 2005 se dictaron 75 órdenes de custodia de seguridad; en el primer trimestre de 2007 había 415 personas cumpliendo detención preventiva en las prisiones alemanas cuando la tasa de encarcelamiento estaba en 95 internos

¹⁰Aportados –sin ser rebatidos por el demandante– al proceso seguido ante el TEDH, en el caso M.v.Germany a que nos venimos refiriendo.

por 100.000 habitantes, a finales de 2006, y el número de presos condenados a penas superiores a diez años de prisión, incluida la cadena perpetua era de 2907¹¹.

El Tribunal Constitucional alemán se ha pronunciado en dos ocasiones acerca de la constitucionalidad de la custodia de seguridad y en ambas la ha declarado compatible con la Constitución, lo que llama la atención incluso teniendo en cuenta que hablamos de un país en que existe la cadena perpetua y el internamiento en centro psiquiátrico como medida de seguridad para inimputables, también de duración indeterminada.

La doctrina germana no ha mantenido un criterio unánime sobre la medida, si bien sí ha manifestado en los últimos años un rechazo general a la expansión de la custodia de seguridad producto de las sucesivas reformas legales desde 1998, y un cuestionamiento -reforzado por los recientes pronunciamientos del TEDH a los que luego aludiremos- de la distinción entre la pena y la medida de seguridad cuando ambas implican privación de libertad, especialmente si se traduce, como es el caso, en una diferenciación del ámbito de protección de los derechos y garantías en detrimento de la custodia de seguridad. La denominada por la doctrina alemana “intercambiabilidad *funcional*” entre pena y medida está comenzando a transformarse en *sustancial*, al basarse no sólo en la identidad del proceso que conduce a su imposición, o en su común vinculación con el mismo hecho delictivo, o en sus parecidas formas de ejecución, sino también y especialmente en el rasgo que permanecía inalterado entre los diferenciadores por definición de ambos institutos, su diversa finalidad preventiva, al aproximarse progresivamente también desde la perspectiva de la prevención, tanto general como especial.

4. La custodia de seguridad desde la mirada de los organismos y los tribunales internacionales de justicia.

Durante los últimos años el estado alemán ha tenido ocasión de constatar la reacción de numerosos organismos internacionales a su dura política penal y penitenciaria en general y a la regulación y utilización de la custodia de seguridad en particular, especialmente a partir de las últimas reformas legislativas que la han afectado, y que alertan sobre las eventuales transgresiones a los derechos humanos que su aplicación, en los términos en que se halla actualmente regulada en los arts. 66 y ss. del CP alemán, puede dar lugar.

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 rotundo 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

¹¹En España, en la misma fecha, la tasa era de 149, y el número de presos con condenas de prisión superiores a diez años era de 3.568. La fuente siguen siendo los datos estadísticos aportados por el gobierno alemán en el proceso ante el TEDH ya mencionado, conforme consta en los apartados 67 y 68 de la repetida sentencia.

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 tareas y actividades que los relacionaran con el mundo exterior y permanecían todo el tiempo en soledad, en sus celdas. Incluso los pocos que tomaban parte en ellas, 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 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.’

La recomendación del CPT a las autoridades alemanas contenida en su informe se centró en la necesidad de revisar el planteamiento con que está diseñado el tratamiento de los internos sujetos a custodia de seguridad, con carácter de urgencia y al más alto nivel¹², ya que los apoyos y ayudas psicológicas son seriamente inadecuados, debiéndose establecer equipos multidisciplinares de expertos que trabajen intensamente con los internos sobre bases individuales, en un marco coherente dirigido a su progresiva puesta en libertad.

Un año más tarde, del 9 al 11 y del 15 al 18 de octubre de 2006, el comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa, Sr. Hammarberg, visitó algunos Lander y se entrevistó con distintas autoridades, jueces y médicos especialistas en custodia de seguridad, preocupado por el número en aumento de personas privadas de libertad por la aplicación de esta medida en Alemania. El comisionado era consciente de la enorme presión pública a que están sometidos tanto jueces como expertos médicos cuando han de tomar decisiones relativas a la puesta en libertad de personas involucradas en delitos graves, así como de la imposibilidad de predecir con certeza si los acusados o condenados volverán o no a delinquir porque son imposibles de prever las muchas circunstancias que esperan al infractor fuera de prisión.

Así las cosas, el comisionado hizo un llamamiento a las autoridades competentes para ser extremadamente cautos a la hora de aplicar la custodia de seguridad y animó a evaluar previamente la posibilidad de aplicar otras medidas alternativas, de contenido y efectos menos aflictivos.

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 Fülßbuttel, en Hamburgo. Todos ellos habían ya cumplido su condena pero

¹²“... as a matter of urgency at the highest level”, 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. El subrayado en ésta y todas las frases y términos de este epígrafe, es nuestro.

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 acceder a un régimen diferente, y poder llegar a hacer algún día vida fuera de la prisión.

Más allá de las particulares e inquietantes consecuencias de la ejecución de esta medida en las prisiones alemanas, lo que más preocupó al Grupo de Trabajo fue la aplicación retroactiva de la normativa penal en estos supuestos, en clara infracción del art. 11.2 de la Declaración Universal que establece que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según del derecho nacional o internacional, y que tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, regla que repite en sus mismos términos el art. 15.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

La reprobación por parte de los expertos de la ONU de los métodos de detención preventiva en Alemania derivados de la aplicación del art. 66 CP, fue clara y terminante. 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 cumpla plenamente los estándares de derechos humanos contemplados en las leyes [alemanas] y los tratados internacionales”¹³.

A su vez, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado acerca de la custodia preventiva aplicada en Alemania en diversas ocasiones a partir de la sentencia varias veces mencionada, de 17 de diciembre de 2009, caso M.v. Germany (Application no. 19359/04)¹⁴ que, por unanimidad, declaró contraria al derecho comunitario la custodia aplicada retroactivamente al demandante, M., por violación de los arts. 5.1 y 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁵.

¹³El 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.

¹⁴Posteriormente, el estado alemán ha sido condenado, con los precedentes sentados en la sentencia de 2009, en –al menos- tres ocasiones más: sentencia Grosskopf v. Germany, de 21 de octubre de 2010, sentencia Shummer v. Germany, de 13 de enero de 2011, y sentencia Haydn v. Germany, de 13 de enero de 2011. Todas ellas, así como la sentencia M.v.Germany, de 17 de diciembre de 2009, pueden obtenerse desde la página web del TEDH, en internet.

¹⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales- Art. 5. Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente

Para llegar al fallo, a través de una extensa y documentada sentencia conteniendo 143 apartados, el Tribunal realiza diversas declaraciones que permiten comprender cabalmente la verdadera naturaleza, en términos del déficit observado de respeto debido a los derechos humanos, de que adolece la custodia de seguridad. De ellas, siendo concisos, cabe resaltar las siguientes:

- El TEDH 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. En todo caso, como ya tiene declarado el propio TEDH en otros pronunciamientos, el objetivo de prevención puede también cohonestarse con los propósitos punitivos y ser contemplado como un elemento constitutivo de la propia noción de castigo.

- Dado que desde 1998 la medida no tiene límite máximo de duración, que su suspensión bajo prueba sólo es posible si se establece que no existe riesgo para la comunidad y que se trata de un requerimiento difícil de cumplir, entre otras muchas otras cosas porque –como ya hemos indicado subrayó en 2006 el Comisionado para los derechos humanos- es imposible predecir con absoluta certeza si una persona va a volver a delinquir, el TEDH considera y declara que esta medida está entre las más severas –si no la más- de las que pueden ser impuestas en aplicación de la legislación penal alemana.

Son éstos –entre otros- los argumentos que autorizan al TEDH a concluir, “yendo más allá de las apariencias”, como afirma en el apartado 133 de la sentencia, que la custodia de seguridad contemplada en el CP alemán ha de ser calificada como una “pena” a los efectos del art. 7.1 de la Convención.

acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. Art.7.No hay pena sin ley, 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

5. A modo de reflexión final.

Los pronunciamientos del TEDH junto con las observaciones y recomendaciones vertidas desde los diversos organismos responsables de controlar el respeto desde las instancias gubernamentales de los derechos humanos que acabamos de exponer, sitúan a la custodia de seguridad en el punto de mira de todas las sospechas y permiten dudar acerca de sus bondades tanto en términos de justicia como de eficacia. Pero también nos permiten obtener un retrato actualizado de la medida, y contar con elementos de juicio bastantes para valorar con cierto grado de rigor y certeza la oportunidad y la constitucionalidad de su introducción en nuestro sistema de justicia penal, como parece que se está proponiendo y alentando desde el ministerio de justicia del gobierno de la nación.

Siempre es arriesgado manejar un concepto tan resbaladizo y equívoco como la peligrosidad para invocar el uso de mecanismos de control social susceptibles de comprometer los derechos humanos. Más allá de discusiones dogmáticas y de argumentos de política criminal, nadie niega que las medidas de seguridad y, de ellas, su paradigma, la custodia de seguridad, constituyen una intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales con una demostrada tendencia a la expansión indiscriminada de sus ámbitos de aplicación si no van acompañadas de un conjunto sólido de garantías que sirvan de contrapeso al poder punitivo estatal.

Si contrastamos la regulación y especialmente las consecuencias prácticas de la aplicación de la medida analizada en el país que la creó y la tiene implementada en su ordenamiento penal desde hace decenas de años con los requerimientos exigidos por nuestro Tribunal Constitucional para reputar ajustada la norma penal reguladora de las medidas de seguridad a los derechos y garantías constitucionales, y a ello se adicionan los antecedentes que se tuvieron en cuenta para disciplinar, en nuestro ordenamiento, la respuesta penal en términos de peligrosidad (Ley de Vagos y Maleantes; Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social) en el marco de un derecho penal democrático, no es difícil concluir que la introducción de la custodia de seguridad entre las medidas de seguridad previstas en el art. 96 CP no lograría superar los estándares mínimos de constitucionalidad y nos situaría –de nuevo- en los aciagos contornos de un derecho penal de corte autoritario.

Puede que no sea fortuito que –precisamente- en escenarios históricos marcados por crisis financieras internacionales (que enmascaran en última instancia profundas crisis de valores) se ofrezca a los ciudadanos unas perspectivas de seguridad en el terreno criminal de las que carecen en otros ámbitos, y éstos las acojan con alivio. Fue pocos años después del “crack” del ’29 cuando hizo su aparición legislativa la custodia de seguridad inserta en un derecho penal de evidente carácter preventivo, en el marco de un estado policial. En un contexto político menos desfavorable, introducir en nuestras modernas sociedades del riesgo la lógica de la seguridad transforma las referencias y pervierte los objetivos democráticos mientras altera los deseos y las prioridades de los ciudadanos.

El debate acerca de la introducción en nuestra legislación penal de la custodia de seguridad no debe ser una materia reservada a los juristas. Pertenece a los ciudadanos. Es la sociedad en su conjunto la que ha de decidir si la legítima aspiración a la seguridad merece el sacrificio de derechos colectivos e individuales irremplazables como la libertad y la dignidad humanas. Y atender a las lecciones de la historia antes de resolver.