

TAPIA, Patricia. "Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española"
Polít. crim. Vol. 8, Nº 16 (Diciembre 2013), Art. 7, pp. 574 - 599.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf]

Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española

Patricia Tapia Ballesteros
Dra. en Derecho por la Universidad de Valladolid (España)
Académica de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Chile.
patricia.tapia@uautonoma.cl

Resumen.

El presente trabajo pretende ser un estudio de la regulación de las medidas de corrección y seguridad en el ordenamiento jurídico penal chileno y en el español. Partiendo de su tradición legislativa común, se realiza un recorrido de la evolución de las medidas de seguridad en ambos países, desde el Código Penal español de 1848 y el Código Penal chileno de 1874, hasta llegar a la regulación vigente y a las últimas propuestas de modificación. Su objetivo fundamental es poner de manifiesto las principales decisiones de política criminal que cada uno de los legisladores ha ido adoptando y cómo dichas decisiones se adecúan en mayor o menor medida a las características que, entendemos, son propias de las medidas de seguridad.

Palabras clave: Medidas de seguridad, peligrosidad criminal, dualismo, criminalidad habitual.

Abstract.

This study seeks to analyze the regulation of safety and correction measures in the Spanish and Chilean criminal legislation. By analysing their common legislative history, the study examines the evolution of safety measures in both countries, starting from the 1848 Spanish Criminal Code and the 1874 Chilean Criminal Code, up to current legislation and recent amendment proposals. The study's main purpose is to highlight significant decisions made in criminal policies that both countries have adopted and how those decisions conform, to a certain extent, with the characteristics we believe are crucial in safety measures.

Key words: Safety measures, criminal dangerous, dualism, habitual criminality.

Introducción.

El surgimiento de las medidas de corrección y seguridad, comúnmente llamadas medidas de seguridad, en el marco de la Lucha de Escuelas italianas así como la subsiguiente necesidad de alcanzar un acuerdo entre los postulados de la Escuela Clásica y los de la Escuela Positiva,¹ han propiciado una polémica constante en torno a su naturaleza, ámbito

¹ Sobre el origen histórico de las medidas de seguridad, véase, entre otros, URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias*

de aplicación e idoneidad, entre otros, dificultando que encontraran su propio espacio en el Derecho Penal.

Recordemos que las medidas de seguridad se propusieron en la Escuela Positiva como alternativa absoluta a la pena, partiendo de la idea de que ningún ser humano es responsable de su conducta ya que los sujetos están determinados genética o socialmente para delinquir. Con esta premisa, las medidas de seguridad tendrían como objetivo el evitar que un sujeto predeterminado delinquiera de nuevo a través de un tratamiento que le enseñase a actuar de otra manera o, directamente, lo *inocuizará*. Siendo esto así, las medidas de seguridad han contado con una función preventivo especial desde su origen, función que ha sido reconocida también a las penas, dentro del Estado de Derecho, junto con las funciones preventivo general y retributiva.

Los principales problemas en la delimitación conceptual de las medidas de seguridad se han derivado de la conciliación de las visiones del ser humano defendidas por las dos Escuelas. Dicha conciliación, materializada en el modelo dualista de mecanismos de respuesta frente al delito, presentado por Stooss, supuso la aceptación de ambas respuestas en un mismo sistema penal, entendiendo que las medidas de seguridad tenían una función preventivo-especial frente a la retributiva de las penas. Se reservaban así las primeras para aquellos sujetos a los que no se pudiera hacer responsables de sus actos delictivos pero que presentaran un peligro para la sociedad, mientras que las segundas se impondrían a aquellos que sí fueran responsables. Pero, como decíamos, a las penas también se les ha ido reconociendo una función preventiva, especial y general. Por otro lado, la peligrosidad de volver a llevar a cabo un acto delictivo no es una característica exclusiva de los sujetos inimputables o semi-imputables, de manera que han ido en aumento las voces que reivindican la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación a determinados sujetos imputables, en concreto a los considerados delincuentes habituales de delitos graves.

Precisamente con base en la función, naturaleza y fundamento, que los ordenamientos jurídicos sostengan sobre las penas y las medidas de seguridad, desarrollarán un modelo de consecuencias jurídicas penales u otro. Tradicionalmente se ha distinguido entre modelos monistas y modelos dualistas. Adviértase que con modelo dualista debe comprenderse todo ordenamiento jurídico que comprende la pena y la medida de seguridad como consecuencias jurídico-penales, con independencia del modo concreto en que articule su aplicación, siendo modelos monistas aquellos que defienden un sistema penal basado en exclusiva en las penas o en las medidas de seguridad.² De manera que, a lo largo de estas páginas hablaremos precisamente de algunas de las posibilidades que ofrece el modelo dualista y de los problemas que con él se plantean en torno a la articulación de la aplicación conjunta de la pena y de la medida de seguridad, ya que tanto el ordenamiento jurídico-

jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica, Granada: Comares, 2009, pp. 7-15; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Montevideo: BdeF, 2009, pp. 66-77; ZIFFER, Patricia, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, pp. 33-37; LEAL MEDINA, Julio, *La Historia de las medidas de seguridad*, Navarra: Aranzadi, 2006, p. 341; SANZ MORÁN, Ángel José, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid: Lex Nova, 2003, pp. 21-30.

² Sobre la confusión que existe en torno a la delimitación del modelo dualista frente al modelo monista, véase, SANZ, *Las medidas*, cit. nota nº 1, pp. 41-42.

penal español como el chileno admiten las penas y las medidas de seguridad como respuestas ante un ilícito penal.

Es nuestro objetivo fundamental el estudio de la regulación de las medidas de seguridad en ambas legislaciones, partiendo de su origen histórico-legislativo común, para ver cuál ha sido la evolución del reconocimiento y regulación de las medidas de seguridad en cada uno de estos países. No obstante, a modo de introducción, previamente se antoja necesario realizar una aproximación al concepto así como a las características propias de las medidas de seguridad, al menos en aquello que hay un mayor acuerdo doctrinal, para poder realizar posteriormente un análisis crítico sobre la regulación legal. Aquí nos centraremos, principalmente, en dos de las cuestiones que no han sido resueltas todavía de forma pacífica por la doctrina y que, por lo tanto, desatan mayor controversia: el papel de la peligrosidad en la determinación y duración de la medida de seguridad y la aplicación sustitutoria o acumulativa de las medidas de seguridad con las penas.

1. Aproximación a las medidas de seguridad. Concepto y características.

Teniendo en cuenta las discusiones doctrinales históricas en torno a qué debe entenderse por medida de seguridad y, por lo tanto, a qué supuestos se aplican, consideramos un buen punto de partida la definición propuesta por Sanz Morán, en la que da por zanjadas algunas de las polémicas doctrinales tradicionales, sin apenas vigencia en la actualidad. De manera que identificamos las medidas de seguridad con “un mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa”.³

Siendo esto así, se acepta por la generalidad de la doctrina la fundamentación de las medidas de seguridad en la peligrosidad del sujeto que lleva a cabo un acto delictivo, frente a la culpabilidad propia de las penas. No obstante, a pesar de que, efectivamente, la fundamentación no es objeto de polémica, sí resulta controvertida la delimitación de la peligrosidad.⁴ Así ha ocurrido desde que Garofalo hablara de *temibilità* y es que, el concepto de peligrosidad, tal y como señalara Exner, “es un concepto peligroso”.⁵ Pensemos que, en el fondo, la peligrosidad criminal no es más un pronóstico que, como tal, conlleva incertidumbre y, por lo tanto, puede estar errado.⁶ De manera que nunca existirá

³ Así las define SANZ, *Las medidas*, cit. nota n° 1, p. 71.

⁴ En relación a la problemática de determinar la peligrosidad criminal, véase SANZ, *Las medidas*, cit. nota n° 1, pp. 87-107.

⁵ EXNER, Franz, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin: Guttentag, 1914, p. 59.

⁶ SANZ, *Las medidas*, cit. nota n° 1, p. 105. Sirva como muestra del esfuerzo doctrinal por ofrecer un concepto de peligrosidad criminal: EXNER, *Die Theorie*, cit. nota n° 5, p. 61; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, 1922, p. 19; seguido, entre otros, por OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, “Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites”, *Revista del Poder Judicial* n° 60 (2000), p. 122; GRACIA MARTÍN, Luis; ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 458; MAZA MARTÍN, José Manuel, “La necesaria reforma del Código Penal en materia de medidas de seguridad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 27;

una certeza absoluta de que mediante la imposición de una medida de seguridad a un sujeto se ha *asegurado* al resto de la comunidad frente a su potencial lesividad criminal o se ha *corregido* su conducta neutralizando así dicha peligrosidad y que, de no haberlo *inocuízado* o *corregido*, ese peligro se habría materializado en una conducta delictiva.⁷

Continuando con las características de las medidas de seguridad, también hoy es aceptado comúnmente su carácter post-delictual.⁸ Esto exige que el sujeto a quien se impone una medida haya cometido previamente un acto típico y antijurídico, de manera que uno de los requisitos de las medidas de seguridad será la existencia de un hecho previo.⁹ Con él se trata de contrarrestar, de alguna manera, la incertidumbre inherente al pronóstico de peligrosidad a favor de la seguridad jurídica, ya que representa una manifestación externa de la citada peligrosidad del sujeto. Pero, además, para algunos autores hará las veces de parámetro a tener en cuenta en la aplicación del principio de proporcionalidad, como veremos a continuación.

En cuanto a su naturaleza, la doctrina mayoritaria considera que es jurídico penal,¹⁰ lo que se justifica con base en el momento en que se impone (después de cometerse un acto delictivo), a su fundamentación (preventivo especial) así como a la observancia de los límites y garantías propios del Derecho Penal en la aplicación de las mismas. Esto implica que deben respetarse los principios de legalidad, entendido en sentido amplio, junto con el de proporcionalidad,¹¹ propios de un Estado de Derecho, igual que ocurre con las penas. Así, en virtud del principio de legalidad, para que se pueda imponer una medida de seguridad será necesario que, previamente, se encuentren en la ley tanto la medida como los

SCHÖNBERGER, G., *Zur justitiellen Handhabung der Voraussetzungen der Unterbringung gemäß §63, 66 StGB. Eine kasuistische Untersuchung*, Berlin: Dunker & Humblot, 2002, p. 18; GUZMÁN, *La pena*, cit. nota n° 1, p. 79; LEAL MEDINA, Julio, “El concepto de peligrosidad en el Derecho Penal español. Proyección legal y alcance jurisprudencial. Perspectivas actuales y de futuro”, *Diario La Ley* n° 7643, Sección Doctrina, (2011), p. 3.

⁷ Entiende, sin embargo, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, cit. nota n° 1, p. 145 que “una renuncia drástica a todo pronóstico de conducta futura no parece efectivamente realizable en el estado actual del derecho [...] los pronósticos de peligrosidad, no son patrimonio exclusivo del derecho de las medidas [...] la atención ha de concentrarse en el examen de cuáles son los problemas concretos que plantean las decisiones de pronóstico y cuáles son sus límites”.

⁸ En este sentido véase, entre otros, FALCONE SALAS, Diego, “Una Mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, (2007), p. 238; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Las medidas de seguridad. Distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad”, *Revista de Derecho Penal*, (Uruguay) n° 16 (2006), pp. 163; SANZ, *Las medidas*, cit. nota n° 1, pp. 121 y 122; OCTAVIO, “Las medidas”, cit. nota n° 6, p. 112; FRISCH, Wolfgang, “Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, *ZStW* 102 (1990), p. 372.

⁹ Sobre la necesidad del hecho previo, véase, entre otros, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, cit. nota n° 1, pp. 218-233; SANZ, *Las medidas*, cit. nota n° 1, pp. 119-122.

¹⁰ Véase SANZ, *Las medidas*, cit. nota n° 1, pp. 71-73. Siendo esta la doctrina mayoritaria, hay voces en contra como la de GUZMÁN, *La pena*, cit. nota n° 1, p. 83, quien considera que se trata de medidas de policía.

¹¹ Para un estudio exhaustivo de dichos principios, véase, URRUELA, *Las medidas*, cit. nota n° 1, pp. 24-54; SANZ, *Las medidas*, cit. nota n° 1, pp. 109-131; en relación al principio de proporcionalidad, véase también ALONSO RIMO, Alberto, “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad”, *Estudios Penales y Criminológicos* n° 29 (2009), pp. 107-139; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, cit. nota n° 1, pp. 103-131.

hechos y circunstancias que deben producirse para que, efectivamente, se pueda aplicar. En lo que al principio de proporcionalidad se refiere, cuya vigencia no se discute, se plantea sin embargo, el ámbito en el que se debe proyectar. De este modo, algunos autores defenderán la adecuación de vincular la determinación y duración de la medida de seguridad con los hechos previos realizados,¹² mientras que, por el contrario, habrá otros que lo relacionen con el pronóstico de peligrosidad futura del sujeto.¹³

Se mantiene hoy en día el debate en torno a si es admisible la aplicación acumulativa de penas y medidas de seguridad o si, por el contrario, debe mantenerse un sistema sustitutorio o vicarial.¹⁴ Por lo general, la discusión gira en torno a los sujetos imputables, en concreto, a aquellos que se consideran delincuentes habituales de delitos graves. La doctrina se divide ente aquellos que defienden la idoneidad de la imposición de una medida de seguridad acumulativa a la pena, cuando el cumplimiento de esta última se ha revelado inútil o ineficaz, y los que consideran que la aplicación copulativa es contraria a los principios que deben regir en un Estado de Derecho.

Sirvan estas breves indicaciones sobre las medidas de seguridad para poder abordar ahora sí su evolución histórico-legislativa en Chile y en España, así como su regulación actual y posibles modificaciones futuras en ambos ordenamientos. Trataremos, además, al hilo de dicha exposición, concluir manifestando nuestra posición respecto de los aspectos advertidos en los que se mantiene la polémica: el papel de la peligrosidad en la determinación y duración de la medida y la posibilidad de que ésta se aplique de forma acumulativa a la pena.

¹² Ejemplos de esta posición son ACALE SÁNCHEZ, María, “Las medidas de seguridad”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 416; STRATENWERTH, Günter, *Schweizerischen Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, Bern: Stämpfli, 2006, p. 268; OCTAVIO, “Las medidas”, cit. nota nº 6, p. 123; GRIBBOHM, Günter, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei den mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung*, JuS, 1967, p. 349.

¹³ Ejemplos de esta posición son ETCHEBERRY, Alfredo, “Reflexiones sobre Política Criminal”, en *Política Criminal* nº 7 (2009), p. 247; URRUELA, *Las medidas*, cit. nota nº 1, p. 50; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 1 (2009), p. 205; ZIFFER, *Medidas de seguridad*, cit. nota nº 1, p. 126; GUZMÁN, “Las medidas de seguridad”, cit. nota nº 8, p. 167; SANZ, *Las medidas*, cit. nota nº 1, pp. 184-196; GRACIA MARTÍN, L.; ALASTUEY DOBÓN, M.C.; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 462.

¹⁴ Sobre las distintas propuestas doctrinales que defienden la aplicación conjunta no sustitutoria de penas y medidas de seguridad, véase MALDONADO FUENTES, Francisco, “¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo”, *Política Criminal* nº 12 (2011), en http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A5.pdf, pp. 389-439; también, sobre la problemática en torno a la aplicación acumulativa de las penas y las medidas de seguridad ZUGALDÍA, “Medidas”, cit. nota nº 13, pp. 204-210, ZIFFER., *Medidas de seguridad*, cit. nota nº 1, pp. 37-39; SANZ MORÁN, Ángel José, “El tratamiento del delincuente habitual”, *Política Criminal* nº 4 (2007), en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_4_4.pdf, pp. 6-8, entre otros.

2. Evolución histórica de la regulación jurídica de las medidas de seguridad en Chile y en España.

Como es conocido por todos, el Derecho Penal chileno y español guardan una estrecha tradición jurídica debido a que Chile fue colonia española hasta inicios del siglo XIX, lo que, inevitablemente, condicionó su desarrollo normativo. Así, en el ámbito penal, que es lo que a nosotros nos interesa, el Código Penal chileno aprobado en 1874 adoptó como modelo el Código Penal español de 1848.¹⁵

Resulta obvio señalar que ninguno de los dos textos legales contuvo una regulación de las medidas de seguridad, habida cuenta de que en ese momento empezaba a forjarse su desarrollo dogmático. Si bien, se preveía una consecuencia jurídica alternativa a la pena, para los enfermos mentales que hubiesen cometido un delito grave: la reclusión en hospital destinado a enfermos mentales o la entrega a su familia bajo fianza en custodia, considerándoles exentos de responsabilidad penal.¹⁶ La misma calificación se otorgaba a los menores de nueve años y a los mayores de nueve menores de quince, salvo que hubieran obrado con discernimiento, en el caso del ordenamiento español,¹⁷ y menores de diez años así como mayores de diez pero menores de dieciséis años, que obraren sin discernimiento, en el caso del ordenamiento jurídico chileno.¹⁸ Si bien hubo que esperar en España hasta 1918 y en Chile hasta 1928 para que se regulara la situación de los menores que realizaban actos delictivos, a través de la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños, de 25 de noviembre¹⁹ y de la Ley N° 4.447, de 23 de octubre,²⁰ respectivamente.

No obstante, el reconocimiento expreso de las medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico-penal español se produjo, finalmente, en el Código Penal de 1928, en el cual se proclama la peligrosidad social criminal como el fundamento de las mismas, definiéndola como “estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad de delinquir”; peligrosidad que podían declarar los Tribunales al dictar Sentencia relativa a un

¹⁵ Sobre la evolución histórica de la regulación penal en Chile, véase, entre otros, MATUS, Jean Pierre, “La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI”, *Política Criminal* n° 9 (2010), pp. 144-161; POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 27-33; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Tomo I, Parte General*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 175-178; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Santiago: Universidad Católica, 2005, pp. 151-164; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 45-48.

¹⁶ Artículo 8.1 del Código Penal español de 1848; artículo 10.1º del Código Penal chileno de 1874.

¹⁷ Artículo 8, apartados 2 y 3 del Código Penal español de 1848.

¹⁸ Artículo 10, apartados 2 y 3 del Código Penal chileno. Si bien, la previsión vigente de este precepto eleva la edad del menor a los dieciocho, remitiendo a una ley especial la regulación de la responsabilidad penal del mayor de catorce años y menor de dieciocho.

¹⁹ En el artículo 6 de la Ley de 25 de noviembre de 1918, se concedía la potestad al Tribunal de dejar al menor “al cuidado de su familia o entregarle a otra persona o a una Sociedad tutelar o ingresarlo por un tiempo determinado en un Establecimiento de carácter particular o del Estado”.

²⁰ Al respecto, véase, entre otros, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Crisis y pervivencia de las exigencias humanizadoras del derecho penal en la cuestión de los menores”, *Gaceta Jurídica* n° 239 (2000), p. 2.

acto delictivo.²¹ De este modo, las medidas de seguridad previstas eran post-delictuales y acumulativas a las penas.

Apenas cinco años después y derogado el Código Penal de 1928, se aprobó la Ley de 4 de agosto de 1933, en la que se declaraban sujetos en estado peligroso a los vagos habituales, rufianes y proxenetes, mendigos, ebrios y toxicómanos habituales, así como aquellos que *observen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada: por el trato asiduo con delinquentes y maleantes*, entre otros,²² para los que se preveían una serie de medidas de seguridad, las cuales comprendían tanto el internamiento en un establecimiento de régimen de trabajo o de custodia, como el aislamiento curativo, la prohibición de residir en un determinado lugar o multa.²³ Esta Ley supuso, por un lado, la incorporación de las medidas de seguridad pre-delictuales y, por otro, su regulación mediante leyes especiales, extrayéndolas del Código Penal. Y así ha continuado hasta la aprobación del Código Penal de 1995, ya que la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 que vino a sustituir a la Ley de 1933, se inspiró en sus mismos principios. Aprobada la Constitución española

²¹ Artículo 71 del Código Penal español de 1928.

²² Artículo 2 de la Ley de vagos y maleantes, aprobada el 4 de agosto de 1933: “Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a la presente Ley: Primero. Los vagos habituales. Segundo. Los rufianes y proxenetes. Tercero. Los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieran entregado a otros para su inversión o custodia. Cuarto. Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados. Quinto. Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma. Sexto. Los ebrios y toxicómanos habituales. Séptimo. Los que para su consumo inmediato suministren vino o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares y establecimientos públicos o en instituciones de educación e instrucción y los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual. Octavo. Los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsificaren su domicilio mediante requerimiento legítimo hecho por las autoridades o sus agentes, y los que usaren o tuvieren documentos de identidad falsos u ocultaren los propios. Noveno. Los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional. Décimo. Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada: por el trato asiduo con delinquentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales.”; y artículo 3 del mismo texto legal: “También estarán sometidos a los preceptos de esta Ley: Primero. Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos que sea presumible la habitualidad criminal. Segundo. Los criminalmente responsables de un delito, cuando el Tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del Agente.”.

²³ Artículo 4 de la Ley de vagos y maleantes, aprobada el 4 de agosto de 1933: “Son medidas de seguridad: Primera. Internado de un Establecimiento de régimen de trabajo o colonias agrícolas por el tiempo indeterminado, que no podrá exceder de tres años. Segunda. Internado en un Establecimiento de custodia por el tiempo indeterminado no inferior a una año y, que no podrá exceder de cinco años. Tercera. Aislamiento curativo en casas de templanza por tiempo absolutamente indeterminado. Cuarta. Expulsión de Extranjeros del territorio nacional. Quinta. Obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado por el tiempo que establezcan los Tribunales. Sexta. Prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe. La duración de esta medida será fijada por los Tribunales. El sujeto prevenido con esta medida queda obligado a declarar el domicilio que escoja y los que cambios que experimente. Séptima. Sumisión a la vigilancia de la autoridad. La vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá carácter tutelar y de protección. Los delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su custodia. La duración de esta medida será de uno a cinco años, y podrá ser reemplazada por caución de conducta. No podrán ser fiadores los ascendientes, descendientes y el cónyuge. Octava. Multa de 250 a 10.000 pesetas, que se regulará conforme a los preceptos del vigente código Penal. Novena. Incautación y pérdida, en favor del Estado, de dinero o efectos.”.

de 1978 su aplicabilidad quedó en entredicho, y el propio Tribunal Constitucional de forma reiterada manifestó que las medidas pre-delictuales vulneraban el principio de legalidad penal previsto en el artículo 25.1 de la Constitución al imponerse antes de que se hubiera cometido el hecho delictivo o, conforme a los supuestos concretos resueltos por el Alto Tribunal, antes de que la jurisdicción penal se hubiera manifestado sobre la comisión y culpabilidad de los mismos por el sujeto imputado.²⁴

Por su parte, en el ordenamiento jurídico chileno, las medidas de seguridad se reconocieron por primera vez de forma expresa en la Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1954, que fija los Estados Antisociales y establece las Medidas de Seguridad. El mantenimiento de la influencia española propició que el ámbito subjetivo de aplicación²⁵ así como las medidas a imponer²⁶ fuera muy similar. No obstante, existió una diferencia fáctica fundamental entre ambas y es que la Ley chilena no llegó a aplicarse, permaneciendo en *vacatio legis* hasta que fue definitivamente derogada en 1994, a través de la Ley N° 19.313.

²⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1986, de 14 de febrero; 21/1987, de 19 de febrero; o 131/1987, de 20 de julio. Véase, entre otros, URRUELA, *Las medidas*, cit. nota n° 1, pp. 55-57; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, *Indret* n° 3 (2008), pp. 13-17.

²⁵ Artículo 1 de la Ley 11.625, derogado por Ley 19.313, de 22 de julio de 1994: “Quedan sometidos a las disposiciones del presente Título y sujetos a las sanciones que como medidas de seguridad establece: 1°) Los que no teniendo hogar fijo o viviendo en el de otra persona por mera tolerancia o complacencia, carezcan de medios lícitos de subsistencia y sin estar impedidos para el trabajo, no ejerzan habitualmente profesión u oficio; 2°) Los que sin la competente licencia, pidan habitualmente limosna en lugares públicos o de acceso al público; los que con motivo falso obtengan licencia para pedir limosna o continúen pidiéndola después de haber cesado la causa por la que la obtuvieron; y los que exploten la mendicidad ajena, especialmente, si emplean con tal fin a menores de edad, enfermos mentales, lisiados o defectuosos; 3°) Los que hayan sido condenados por ebriedad más de tres veces en un año y los que sean calificados, previo examen médico, como ebrios consuetudinarios; 4°) Los toxicómanos; 5°) Los que por cualquier medio induzcan, favorezcan, faciliten o exploten las prácticas homosexuales, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 365, 366, 367 y 373 del Código Penal; 6°) Los que oculten su verdadero nombre, disimulen su personalidad o falseen su domicilio, mediando requerimiento legítimo hecho por la autoridad o sus agentes, y los que utilicen o tengan en su poder documentos de identidad falsos; 7°) Los que habiendo sido condenados por delitos contra el patrimonio, sean sorprendidos con especies cuyo modo legítimo de adquisición no expliquen satisfactoriamente, o con instrumentos, llaves, mecanismos o artificios habitualmente empleados para la comisión de delitos de robo; 8°) Los que comerciando habitualmente en especies de dudosa procedencia, contravengan las disposiciones legales o reglamentarias relativas a la adquisición o expendio de dichas especies y a su oportuna contabilización, y 9°) Los que hayan reincidido o reiterado en toda clase de hechos punibles en los que sea de presumir la habitualidad criminal.”; artículo 2 del mismo texto: “Los menores, de acuerdo con la ley penal, en quienes concurren las circunstancias previstas en el artículo anterior, serán puestos a disposición del Tribunal de Menores correspondiente, a fin de que adopte las medidas de protección, guarda, educación o enmienda prevista en la ley respectiva.”

²⁶ Artículo 3 de la Ley N° 11.625 derogado por Ley N° 19.313, de 22 de julio de 1994: “Son medidas de seguridad las siguientes: 1°) Internación en casa de trabajo o colonia agrícola por tiempo indeterminado que no podrá exceder de cinco años. 2°) Internación curativa en establecimientos adecuados por tiempo absolutamente indeterminado; 3°) Obligación de declarar domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo que no podrá exceder de cinco años; 4°) Prohibición de residir en lugar o región determinados por un plazo no superior a cinco años; 5°) Sujeción a la vigilancia del Patronato de Reos que corresponda por un tiempo que no podrá exceder de cinco años; 6°) Caucción de conducta por un tiempo que no podrá exceder de cinco años; 7°) Multa de quinientos a cincuenta mil pesos, y 8°) Incautación y pérdida de dinero o efectos. Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no estén expresamente establecidas por la ley y fuera de los casos previstos por ella.”

En cualquier caso, es de señalar que, antes de la aprobación de estas leyes especiales, la mendicidad y la vagancia, eran considerados actos delictivos a los que se imponía como sanción penal, una pena.²⁷ De este modo, se incriminaban formas de vida, personalidades, cuestiones propias de un Derecho Penal de autor, más que de un Derecho Penal del hecho. Siguiendo en la misma dirección, con las leyes especiales se les cataloga de peligrosos, aplicándoles en vez de penas, medidas de seguridad incluso antes de haber llevado a cabo ningún acto delictivo. Sin embargo, esta peligrosidad a la que se invoca no es la aludida en el apartado anterior, entendida como fundamento básico de las medidas de seguridad, sino que se trata de una peligrosidad social.²⁸

Concluyendo con este breve recordatorio de la evolución de la regulación de las medidas de seguridad en España y Chile, podemos señalar que la vinculación entre ambas, formalmente, llegó a su fin a mediados de los años 90 ya que, como hemos señalado, Chile deroga en 1994 la Ley Nº 11.625 de 1954 y España aprueba en 1995 el Código Penal actual. Si bien, sus caminos se habían separado fácticamente mucho antes al no haber entrado en vigor la Ley chilena de Estados Antisociales, manteniéndose las previsiones del Código Penal de 1874 en lo que a los enfermos mentales y menores se refería, lo que se desarrolló con posterioridad en el Código Procesal Penal y en la Ley Nº 16.618, que fija el texto definitivo de la Ley de Menores, de 8 de marzo de 1967, respectivamente, al tiempo que se aprobaron algunas leyes sectoriales, tal y como veremos en el apartado siguiente.

3. Regulación actual de las medidas de seguridad en Chile y en España.

3.1. Regulación vigente de las medidas de seguridad en Chile.

Como hemos señalado, se mantiene en vigor el Código Penal de 1874 por lo que resulta imposible encontrar una regulación sistemática de las medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico chileno.²⁹ De modo que persiste la mera exclusión de la responsabilidad penal de los enfermos mentales (*loco o demente*) y los menores.³⁰ Si bien, a través de leyes especiales, se han incorporado otros supuestos en los que sin declarar al sujeto inimputable se prevé la imposición de medidas de seguridad, como veremos a continuación.

Empezando por los locos o dementes, la imposición de las medidas de seguridad a los enfermos mentales se regula en el Código Procesal Penal, en los Títulos VII y VIII del Libro IV,³¹ donde se distinguen tres posibles escenarios: el sujeto inimputable que ha

²⁷ Título VI del Código Penal español de 1848 –adquiriendo la vagancia el carácter de circunstancia agravante en el Código de 1870-. De forma correlativa, en el § XIII del Código Penal chileno de 1874.

²⁸ Sobre la diferencia entre peligrosidad social y peligrosidad criminal, véase, entre otros, URRUELA, *Las medidas*, cit. nota nº 1, pp. 65-78; FALCONE, “Una mirada”, cit. nota nº 8, pp. 242-243.

²⁹ ETCHEBERRY, “Reflexiones”, cit. nota nº 13, p. 236, recuerda que el Código Penal chileno es “el más antiguo de habla castellana; como uno de los pocos países que conserva en el siglo XXI un código promulgado en el siglo XIX, y que por añadidura – otra excepción en el mundo hispanoamericano – es el único que hemos tenido.”

³⁰ Previsto en los apartados 1º y 2º del artículo 10 del Código Penal chileno, como ya señaláramos en el apartado anterior.

³¹ Véase, entre otros, MERA FIGUEROA, J.M.; CILLERO BRUÑOL, M.; COUSO, J.; HERNÁNDEZ, H., *Código Penal Comentado, Parte General*, Santiago: Legal Publishing, 2011, pags. 690-693; NUÑEZ

llevado a cabo una conducta delictiva,³² un imputado que sufre una enajenación mental durante el procedimiento judicial³³ y, finalmente, el supuesto en el que el sujeto, una vez condenado, se enajena mentalmente.³⁴

Conforme a lo previsto en los artículos 455 del Código Procesal Penal, las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental serán siempre post-delictuales, es decir, constituyen la respuesta penal a una acción típica y antijurídica llevada a cabo por un sujeto que se encuentra enajenado mentalmente, existiendo, además, “antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas”.³⁵ Siendo esto así, además de la enajenación mental, será requisito indispensable para su aplicación el que se pueda pronosticar una peligrosidad a futuro del sujeto. Este elemento será relevante en la concreción de la duración de las medidas de seguridad ya que se vincula a su mantenimiento el que perduren las condiciones que la motivaron, aunque estableciéndose como límite máximo el de la pena mínima probable que le hubiera correspondido de haberse podido imponer.³⁶

Respecto de los menores sin responsabilidad penal,³⁷ es decir, aquellos menores de catorce años, la Ley N° 16.618, que fija el texto definitivo de la Ley de Menores, de 8 de marzo de 1967, prevé como consecuencias jurídicas ante una infracción penal: una amonestación, devolviendo al menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviera; sometimiento a un régimen de libertad vigilada; internamiento en establecimiento especial de educación u otro que el Juez estime oportuno; o confiarlo a una persona que se preste a ello, todo ello con la duración que el Juez estime oportuno, pudiendo revocarlas o modificarlas si así lo precisan las circunstancias.³⁸

VÁZQUEZ, Cristóbal, *Tratado del Proceso Penal y del juicio oral*, Santiago: Jurídica de las Américas, 2009, pp. 515-542; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal chileno*, cit. nota n° 15, pp. 304-307.

³² Párrafo 2° del Título VII del Código Procesal Penal: “Sujeto inimputable por enajenación mental”, artículos 458-464.

³³ Párrafo 3° del Título VII del Código Procesal Penal: “Imputado que cae en enajenación durante el procedimiento”, artículo 465.

³⁴ Artículo 482 del Código Procesal Penal: “Condenado que cae en enajenación mental. Si después de dictada la sentencia, el condenado cayere en enajenación mental, el tribunal, oyendo al fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada declarando que no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad y dispondrá, según el caso, la medida de seguridad que correspondiere. El tribunal velará por el inmediato cumplimiento de su resolución. En lo demás, regirán las disposiciones de este Párrafo.”.

³⁵ Artículo 455 del Código Procesal Penal: “Procedencia de la aplicación de medidas de seguridad. En el proceso penal sólo podrá aplicarse una medida de seguridad al enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico y siempre que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas.”.

³⁶ Artículo 481, primer párrafo, del Código Procesal Penal: “Duración y control de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo.”.

³⁷ A los menores de edad que sí se consideran responsables penalmente se les aplica la Ley N° 20.084, por la que se Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, publicada el 7 de diciembre de 2005.

³⁸ Artículo 29 de la Ley N° 16.618, de 8 de marzo de 1967: “En los casos de la presente ley, el Juez de Letras de Menores podrá aplicar alguna o algunas de las medidas siguientes: 1° Devolver el menor a sus padres,

Como adelantamos, junto a estos supuestos previstos en el Código Penal, el legislador ha ampliado el ámbito subjetivo de las medidas de seguridad, previéndose para sujetos que no han sido declarados inimputables.

Este es el caso de la Ley N° 19.925 sobre Expendio y consumo de bebidas alcohólicas, de 19 de enero de 2005, así como de la Ley N° 20.000, que sustituye a la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 16 de febrero de 2005. Entendemos que en ambas normas el legislador recupera la concepción de las medidas de seguridad propia de la Ley de Estados Antisociales, la cual no había fructificado a mediados del siglo XX y que, sin embargo, en pleno siglo XXI se instala con fuerza. Y es que se prevé la imposición de una serie de medidas al sujeto que, se considera, es un peligro social, con independencia de que haya llevado a cabo algún acto delictivo previamente.³⁹ Así, el mero consumo en público de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas es suficiente para someter al sujeto a un tratamiento rehabilitador.⁴⁰ Junto a éste, el Juez podrá optar por la imposición de una multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.⁴¹ Por su parte, en el caso del consumo de bebidas alcohólicas, se prevé de forma alternativa el sometimiento a un programa de rehabilitación

guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación; 2° Someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuará en la forma que determine el reglamento; 3° Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala o a algún establecimiento adecuado que el juez determine, y 4° Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación. En el caso del N° 4°, el menor quedará sometido al régimen de libertad vigilada establecido en el N° 2°. Estas medidas durarán el tiempo que determine el Juez de Letras de Menores, quien podrá revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores o a alguno de sus miembros en la forma que determine el reglamento. En caso de no existir Casa de Menores, deberá oír al funcionario indicado en la letra l) del artículo 3°.”

³⁹ Así lo manifiesta también, entre otros, HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*, Santiago: Jurídica de las Américas, 2008, p. 583.

⁴⁰ Artículo 33 de la Ley N° 19.925: “En todos los Servicios de Salud del país habrá un programa de tratamiento y rehabilitación para personas que presentan un consumo perjudicial de alcohol y dependencia del mismo, los que incluirán atención ambulatoria en todos los establecimientos de salud de nivel primario, sean dependientes de los municipios o de los Servicios de Salud y atención especializada ambulatoria o en régimen de internación.”; artículo 50 b) de la Ley N° 20.000: “Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1°, en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación, serán sancionados con alguna de las siguientes penas: b) Asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por sesenta días, o tratamiento o rehabilitación en su caso por un período de hasta ciento ochenta días en instituciones autorizadas por el Servicio de Salud competente. Para estos efectos, el Ministerio de Salud o el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol deberán asignar preferentemente los recursos que se requieran.”

⁴¹ Artículo 50 de la Ley N° 20.000: “Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1°, en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación, serán sancionados con alguna de las siguientes penas: a) Multa de una a diez unidades tributarias mensuales. [...] c) Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, con acuerdo del infractor y a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas, o en cursos de capacitación por un número de horas suficientes para el aprendizaje de la técnica o arte objeto del curso. [...]”

o a un internamiento. Ambas medidas podrán ser objeto de elección por el Juez de Policía Local, cuando el sujeto haya estado en manifiesto estado de ebriedad en público más de tres veces en un año.⁴² Aunque también se prevé la imposición de una multa o una amonestación cuando el sujeto consume bebidas alcohólicas en público o haya estado en estado de ebriedad.⁴³

Consideramos que en las dos normas el legislador penal chileno confunde sanciones administrativas o contravenciones, penas y medidas de seguridad. En ningún caso se puede considerar que las consecuencias jurídicas son penas, aunque se las denomine así, porque no están sancionando ningún ilícito penal. La conducta prohibida de consumir estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o bebidas alcohólicas no es subsumible en un tipo penal, toda vez que, además, no se lesiona bien jurídico alguno. Tampoco son medidas de seguridad ya que no cumplen con una finalidad educativa o *inocuidadora*. Y es que tanto la multa como el trabajo en comunidad cuentan con un carácter retributivo, siendo la amonestación un mero aviso. Siendo esto así, la multa prevista será una sanción administrativa, al igual que la amonestación y el trabajo en beneficio de la comunidad. Sí cumplen con los citados fines el tratamiento rehabilitador y el internamiento en un establecimiento hospitalario o comunidad terapéutica, aunque se identifican plenamente con las polémicas medidas de seguridad pre-delictuales de la Ley de Estados Antisociales, comúnmente rechazadas por la doctrina. Clara evidencia de esta coincidencia es la posibilidad de imponer la asistencia a dichos programas de tratamiento o rehabilitación por solicitud de un miembro mayor de la familia para el padre, madre o cónyuge que habitualmente se encuentra bajo la influencia del alcohol, de manera que “no le sea posible administrar correctamente sus negocios o sustentar a su cónyuge e hijos”.⁴⁴

Distinto es el caso del delito de conducción de vehículo bajo los efectos del alcohol o en estado de ebriedad,⁴⁵ para el que se prevé también la asistencia obligatoria a un programa de tratamiento y rehabilitación o el internamiento en hospital o comunidad terapéutica.⁴⁶ La

⁴² Artículo 26 de la Ley N° 19.925: “[...] En este caso, si una persona hubiere incurrido en dicha conducta más de tres veces en un mismo año, Carabineros denunciará el hecho al juez de policía local correspondiente. Este podrá imponer, en una audiencia que se citará al efecto, alguna de las siguientes medidas: 1°. Seguir alguno de los programas a que se refiere el artículo 33 o un tratamiento médico, psicológico o de alguna otra naturaleza, destinado a la rehabilitación, y 2°. Internarse en un establecimiento hospitalario o comunidad terapéutica que cuente con programas para el tratamiento del alcoholismo, [...]”.

⁴³ Artículo 25 de la Ley N° 19.925: “Se prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas en calles, caminos, plazas, paseos y demás lugares de uso público. La contravención a esta prohibición será sancionada con alguna de las siguientes medidas: 1° Multa de hasta una unidad tributaria mensual. 2° Amonestación, cuando aparecieren antecedentes favorables para el infractor. [...]”.

⁴⁴ Artículo 35 de la Ley N° 19.925: “En las mismas condiciones, el juez de policía local también podrá ordenar la asistencia a esos programas de tratamiento y rehabilitación del cónyuge o del padre o la madre de familia que habitualmente se encontrare bajo la influencia del alcohol, de modo que no le sea posible administrar correctamente sus negocios o sustentar a su cónyuge e hijos. Esta medida se dispondrá a petición de cualquiera de los miembros mayores de su familia, oyendo personalmente al interesado y a sus parientes.”.

⁴⁵ Sobre la evolución del delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad, véase SILVA SILVA, H., *El delito de manejar en estado de ebriedad. Aspectos penales, criminológicos y médico-legales. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 21-25.

⁴⁶ Artículo 34 de la Ley N° 19.925: “Deberán asistir a dichos programas las personas a que se refiere el artículo 26 y los reincidentes en la conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol o en estado de ebriedad. [...]”.

aplicación de las mismas medidas de seguridad, en este supuesto, cuentan con un carácter post-delictual ya que, aunque se trata de un delito de peligro abstracto y, por lo tanto, no existe una lesión efectiva a un bien jurídico, sí hay una conducta delictiva a sancionar que va más allá del *castigo o reprimenda* por la forma de vida llevada o de la obligación de reconducir la misma.

También serán post-delictuales y su finalidad será igualmente terapéutica e *inocuidadora* las medidas previstas en la Ley N° 20.066, de 7 de octubre de 2005, de violencia intrafamiliar, para los supuestos en los que dicha violencia constituya un delito. Bajo la denominación “*medidas accesorias*”,⁴⁷ se regula su aplicación junto a las penas que correspondan según el tipo penal que se haya llevado a cabo. Dichas medidas consistirán, básicamente, en: prohibición de residir en un determinado lugar, prohibición de acercarse a la víctima, asistencia a programas terapéuticos o de orientación familiar, así como la asistencia regular ante la unidad policial que determine el Juez.⁴⁸

Una vez expuestas las consecuencias jurídicas consideradas por el legislador chileno como medidas de seguridad, y teniendo en cuenta la definición de las mismas adoptada más arriba, entendemos que las previstas en la Ley N° 19.925, en relación con el mero consumo de alcohol o sustancias psicotrópicas, y en la Ley N° 20.000 no pueden considerarse, en puridad, medidas de seguridad. Y es que, no suponen una respuesta a la realización de un ilícito penal sino a un estilo de vida, reservándose a los sujetos que tradicionalmente se incluían en la categoría de “Estados Antisociales”: al ebrio consuetudinario y al toxicómano. De este modo, lo que se sanciona es la peligrosidad social y no la peligrosidad criminal del sujeto. Pero, además, salvo en el caso de los tratamientos rehabilitadores o del

⁴⁷ Artículo 16 de la Ley N° 20.066: “Medidas accesorias. Las medidas accesorias que establece el artículo 9° serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate. El tribunal fijará prudencialmente el plazo de esas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Dichas medidas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d) del artículo 9°, la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.”

⁴⁸ Artículo 9 de la Ley N° 20.066: “Medidas accesorias. Además de lo dispuesto en el artículo precedente, el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias: a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima. b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias. c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan. d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término. e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez. El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva. Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes.”

internamiento, ni siquiera cumplen con las finalidades inherentes a las medidas de seguridad de rehabilitación y/o *inocuidad*. Como ya señalamos, la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad son esencialmente retributivos.

Respecto a las demás consecuencias señaladas, sí presentan los elementos necesarios para considerarlas medidas de seguridad. Y es que, tanto las medidas aplicables a enfermos mentales como a menores, es decir, los declarados inimputables, como a algunos delincuentes habituales, en concreto, los autores de violencia intrafamiliar, se fundamentan en la peligrosidad del sujeto, son respuesta a un acto delictivo y su finalidad es claramente rehabilitadora y/o *inocuidadora*.

Corresponde ahora prestar atención a los dos aspectos de las medidas de seguridad anunciados en el apartado introductorio, cuya discusión doctrinal persiste en la actualidad: el protagonismo de la peligrosidad en la determinación y duración de la medida de seguridad, así como la posibilidad de aplicarse de forma acumulativa a las penas. Podemos adelantar que el legislador penal chileno no ha optado por una respuesta uniforme.

Empezando por la peligrosidad, se le otorgará un papel protagonista en la duración de la medida tanto en el caso de los menores no responsables penalmente que hayan llevado a cabo un acto delictivo, como en el de los denominados maltratadores de violencia intrafamiliar. Así, en el primero de los supuestos, el Juez de Letras de Menores será quien determine la duración de la medida a imponer sin más criterio que las circunstancias en las que se encuentre el menor. En el caso de los agresores de violencia intrafamiliar tampoco se establece un límite máximo efectivo ya que, si bien, existe un marco temporal de entre seis meses y dos años, este podrá prorrogarse *sine die* a petición de la víctima y siempre y cuando se mantengan las circunstancias de peligrosidad que lo propiciaron.⁴⁹ En los demás ámbitos en los que se prevé la imposición de una medida la peligrosidad, aunque es fundamental, no será suficiente. Se optará por la aplicación de un principio de proporcionalidad en el que se vincule la duración de la medida con el hecho previo. De este modo, la duración de las medidas de seguridad previstas para los enfermos mentales, está supeditada en su límite mínimo al tiempo en el que “persistan las condiciones que las hubieren hecho necesarias”, pero no podrán extenderse “más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable”.⁵⁰

⁴⁹ artículo 9 inciso segundo de la Ley N° 20.066: “El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.”

⁵⁰ Artículo 481 del Código Procesal Penal chileno: “Duración y control de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo. Se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescribiere para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado, según correspondiere. La persona o institución que tuviere a su cargo al enajenado mental deberá informar semestralmente sobre la evolución de su condición al ministerio público y a su

En lo que a la aplicación acumulativa con la pena se refiere, sólo parece aceptarse para los agresores de violencia intrafamiliar, en cuya regulación se las define explícitamente como accesorias. Podría entenderse que también será acumulativa a la pena la medida de seguridad impuesta al ebrio que lleve a cabo también algún acto delictivo, en virtud del último inciso del artículo 25 de la Ley 19.925.⁵¹ No obstante, nada impide aplicar un modelo vicarial en el que se cumpla primero con la medida de seguridad y, posteriormente la pena, abonando el tiempo de aquella a ésta.⁵²

3.2 Regulación vigente de las medidas de seguridad en España.

En el ordenamiento jurídico penal español sí existe una regulación sistemática de las medidas de seguridad dentro de su Código Penal vigente, aprobado en 1995, si bien se encuentra en pleno período de transición. Con la entrada en vigor del Código Penal se incorporó lo que la doctrina española ha venido a llamar modelo dualista “flexible” o “mitigado”, el cual, con la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se ha empezado a modificar.

De este modo, en la actualidad, las medidas de seguridad se aplican a sujetos inimputables, semi-imputables y, en determinados supuestos, también a imputables. Este cambio parece que se completará de aprobarse el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, de 3 de abril de 2013,⁵³ a través de la cual la peligrosidad del hechor se convertirá en el elemento fundamental en la determinación y duración de la medida de seguridad a aplicar.

curador o a sus familiares, en el orden de prelación mencionado en el artículo 108. El ministerio público, el curador o familiar respectivo podrá solicitar al juez de garantía la suspensión de la medida o la modificación de las condiciones de la misma, cuando el caso lo aconsejare. Sin perjuicio de lo anterior, el ministerio público deberá inspeccionar, cada seis meses, los establecimientos psiquiátricos o instituciones donde se encontraren internados o se hallaren cumpliendo un tratamiento enajenados mentales, en virtud de las medidas de seguridad que se les hubieren impuesto, e informará del resultado al juez de garantía, solicitando la adopción de las medidas que fueren necesarias para poner remedio a todo error, abuso o deficiencia que observare en la ejecución de la medida de seguridad. El juez de garantía, con el solo mérito de los antecedentes que se le proporcionaren, adoptará de inmediato las providencias que fueren urgentes, y citará a una audiencia al ministerio público y al representante legal del enajenado mental, sin perjuicio de recabar cualquier informe que estimare necesario, para decidir la continuación o cesación de la medida, o la modificación de las condiciones de aquella o del establecimiento en el cual se llevare a efecto.”

⁵¹ Así lo entiende HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho Procesal*, cit. nota nº 39, p. 581, sobre la Ley Nº 19.925, señala “el inciso final del artículo 25 LECBA establece que “las disposiciones precedentes se entenderán sin perjuicio de la responsabilidad que procediere por los delitos o faltas cometidas por el infractor”, esto es, las medidas previstas en ambos preceptos podrán imponerse sin perjuicio de las sanciones que correspondan por las demás infracciones que cometa el afectado. Ellos supone la aplicación copulativa de una pena y una medida de seguridad”, entendiéndolo, no obstante, que deberán aplicarse los principios generales de limitación al *Ius Puniendi*.

⁵² GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota nº 15, p. 348: “Corresponde aplicar pena o medida de seguridad, una u otra separadamente y no en conjunto, porque ambas tienen el carácter y producen los efectos de una sanción [...] De aplicarse ambas, deberán cumplirse de modo simultáneo, si es posible y siempre que la finalidad de la medida no se desvirtúe. De no ser posible, correspondería que la medida se cumpliera previamente al lograrse los resultados perseguidos con su aplicación, procedería abandonar el cumplimiento de la pena misma o de su saldo.”

⁵³ Este Anteproyecto es sustancialmente similar al Anteproyecto de 11 de octubre de 2012. Además, ya en julio del mismo año se había presentado otro Anteproyecto en el que, salvo por una propuesta de

Hasta la citada Ley Orgánica 5/2010, la pena se reservaba como respuesta única de los sujetos imputables y se hacía lo propio con la medida de seguridad y los sujetos inimputables, previéndose la posibilidad de una aplicación conjunta, sustitutoria, no acumulativa, de ambas consecuencias jurídicas del delito para los casos en los que el sujeto se encontrase en una posición de imputabilidad disminuida, al momento de llevar a cabo el acto delictivo, es decir, cuando fuera declarado semi-imputable.⁵⁴ En estos casos, cuando la medida de seguridad fuera la privativa de libertad, el Juez o Tribunal ordena el cumplimiento previo de la medida, cuya duración se descontará de la de la pena. Además, una vez alzada la medida de seguridad, se puede suspender el cumplimiento del resto de la pena o aplicar alguna medida no privativa de libertad.⁵⁵

Con la reforma operada el 22 de junio de 2010, este sistema se mantuvo pero se incorporó una medida de seguridad novedosa para el ordenamiento español, o quizá no tan novedosa, ya que se preveía en el Derecho Penal de Menores:⁵⁶ la libertad vigilada.⁵⁷ En sí misma no es más que la unificación de las medidas de seguridad que ya aparecían en los apartados 3º, 4º y 5º del modificado artículo 96.3 del Código Penal, consistentes respectivamente en “la obligación de residir en determinado lugar”, “la obligación de residir en el lugar o territorio que se designe” y la “prohibición de acudir a determinados lugares y territorios,

modificación de los artículos 510 y 607, los demás cambios en la parte especial del texto legislativo, estaban relacionados con el endurecimiento de las penas.

⁵⁴ En estos casos se aplica al sujeto una eximente incompleta relacionada con una anomalía o alteración psíquica, embriaguez, drogadicción, o alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tal y como establece el artículo 104 del Código Penal: “1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.”.

⁵⁵ Artículo 99 del Código Penal español de 1995. En vigor hasta la fecha.

⁵⁶ SANZ MORÁN, Ángel José, “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en: MUÑOZ CONDE, Francisco; LORENZO SALGADO, José Manuel; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Un Derecho Penal Comprometido: Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 489-492; GARCÍA RIVAS, N., “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, *Revista General de Derecho Penal* n° 16 (2011), pp. 140-145; NAVARRO FRÍAS, Irene, “Psicopatías y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y la libertad vigilada tras la última reforma del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal* n° 105 (2011), p. 119, entre otros.

⁵⁷ Artículo 96 del Código Penal: “3. Son medidas no privativas de libertad: 3 La libertad vigilada”; sobre la medida de libertad vigilada, véase, entre otros, CARUSO FONTÁN, María Viviana, “Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso””, *Revista Penal* n° 31 (2013), pp. 3-21; HUERTA TOCILDO, Susana, “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 117-138; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Cristóbal, “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 247-270; DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La medida de libertad vigilada para adultos”, *Revista de Derecho Penal*, (España) n° 36 (2012), pp. 21-56; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia, “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* n° 7 (2012), pp. 13-50; SANZ, “La nueva medida”, cit. nota n° 56, pp. 997-1028; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, “La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada” aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del “derecho penal del enemigo” por la LO 5/2010”, *Cuadernos de Política Criminal* n° 103 (2011), pp. 95-132; NAVARRO, “Psicopatías”, cit. nota n° 56, pp. 117-158.

espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego”⁵⁸⁻⁵⁹, las cuales pueden ser impuestas por el Juez a sujetos inimputables o semi-imputables.⁶⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, lo relevante de esta medida de seguridad se encuentra en que su aplicación deviene obligatoria a aquellos sujetos imputables, después de cumplida la pena, cuando se prevea en la ley penal,⁶¹ esto es, en los supuestos de terrorismo y de delitos sexuales.⁶² De este modo, el legislador presume de forma absoluta la (futura) peligrosidad

⁵⁸ BENÍTEZ, “La nueva “medida de seguridad””, cit. nota n° 57, p. 97; además, se la podemos encontrar también en el Derecho Penal de Menores, tal y como han señalado SANZ, “La nueva medida”, cit. nota n° 56, pp. 489-492, GARCÍA RIVAS, “La libertad vigilada”, cit. nota n° 56, pp. 140-145; NAVARRO, “Psicopatías”, cit. nota n° 56, p. 119, entre otros.

⁵⁹ Artículo 106 del Código Penal: “1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a. La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. b. La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. c. La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. d. La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal. e. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. f. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. g. La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. h. La prohibición de residir en determinados lugares. i. La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. j. La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. k. La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.”

⁶⁰ Artículo 105 del Código Penal: “En los casos previstos en los artículos 101 a 104, cuando imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, el Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente una o varias medidas que se enumeran a continuación. Deberá asimismo imponer alguna o algunas de dichas medidas en los demás casos expresamente previstos en este Código. 1. Por un tiempo no superior a cinco años: a. Libertad vigilada. [...] 2. Por un tiempo de hasta diez años: a. Libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga este Código [...]”

⁶¹ Artículo 106.2 del Código Penal: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.”

⁶² Artículo 579.3 del Código Penal: “A los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo [Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo] se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.”; Artículo 192.1 del Código Penal: “A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título [Título VIII: Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales] se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario,”; y, de aprobarse el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentado el 3 de abril de 2013, se ampliará de forma prácticamente generalizada: supuestos de homicidio, violencia de género, lesiones, detenciones ilegales y secuestro, trata de seres humanos, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, hurto, robo, extorsión, robo y hurto de uso de vehículos, estafas, receptación y blanqueo de capitales, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, los delitos contra la seguridad colectiva y los delitos contra el orden público.

de los terroristas y de los agresores sexuales⁶³ cuando han cometido más de un delito de esa naturaleza, y por ello considera que es necesario añadir a la pena una medida de seguridad que amplíe el tiempo en el que la peligrosidad del sujeto resulta neutralizada. Entiende el legislador que en los supuestos señalados, el efecto rehabilitador de la pena no es suficiente o adecuado para eliminar el riesgo de reincidencia,⁶⁴ de manera que se antoja necesario complementarlo con una medida de seguridad que neutralice su peligrosidad.⁶⁵ Si bien, se trata de una medida de seguridad limitada en el tiempo ya que, lo contrario, en palabras del propio legislador, vulneraría “los principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara”.⁶⁶

Hasta el momento, los casos de los denominados delincuentes habituales de delitos graves habían sido abordados mediante una política criminal dirigida al endurecimiento de la respuesta penal, tanto en la determinación de la pena como en su ejecución.⁶⁷ Sin embargo, la libertad vigilada se ha incorporado al ordenamiento jurídico español sin una rebaja de las penas. En realidad ha supuesto la complacencia de una demanda social. En puridad, deberíamos advertir que también se trataba de una demanda de la doctrina española⁶⁸, pero los términos en los que se ha materializado no han sido tan aplaudidos por la generalidad de los autores, como hubiera cabido esperar. Y es que, efectivamente, un sector importante de la doctrina venía reclamando la ampliación de las medidas de seguridad a sujetos imputables que mostraban síntomas de una evidente peligrosidad criminal, pero el automatismo en la previsión de la libertad vigilada ha resultado ser objeto de crítica prácticamente unánime, debido a que se niega la elaboración de un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal,⁶⁹ exigible para la imposición de las demás medidas de seguridad, e imprescindible para legitimar su adopción.⁷⁰

⁶³ Véase al respecto SANZ, “La nueva medida”, cit. nota nº 56, pp. 997-1028.

⁶⁴ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, apartado IV: “Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia.”

⁶⁵ Advierte JIMÉNEZ, “La libertad”, cit. nota nº 57, p. 39, que la regulación de la libertad vigilada implica la presunción de que “la pena privativa de libertad no surtirá ningún efecto en el sujeto”.

⁶⁶ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, apartado IV.

⁶⁷ Véase SANZ, “El tratamiento”, cit. nota nº 14, pp. 10-12; citando a Henkel, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, cit. nota nº 1, p. 349, recuerda que los ordenamientos jurídicos de todos los Estados cuentan con tres opciones para abordar el problema de la reincidencia: mediante el endurecimiento de penas, a través de la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables, o utilizando una combinación de ambas soluciones.

⁶⁸ Al respecto véase la enumeración que recoge NAVARRO, “Psicopatías”, cit. nota nº 56, p. 118.

⁶⁹ Ya se mostraban defensores de la necesidad de un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal SANZ, “El tratamiento”, cit. nota nº 14, p. 15, al señalar que no bastaba “una mera verificación general de la pertenencia del sujeto a una categoría configurada de manera más o menos apriorística”; o ZUGALDÍA, “Medidas”, cit. nota nº 13, p. 205; en contra también de este automatismo, entre otros, GARCÍA ALBERO, A., “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada.”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6 (2010), p. 3; NISTAL BURÓN, Javier, “La insuficiencia de la respuesta dada al delito con la pena. La nueva medida de “custodia de seguridad””, *Revista Aranzadi doctrinal*, 10/2013 (2013), p. 4, refiriéndose a la carga de inseguridad jurídica que conlleva.

⁷⁰ Si bien es cierto que el pronóstico positivo del resultado del seguimiento de la evolución del sujeto sometido a vigilancia otorga al juez la facultad de dejar sin efecto la medida si se considera que ha desaparecido el factor co-determinante de la peligrosidad por la que se impuso.

El sistema expuesto, se asienta sobre la base de lo previsto en el artículo 6 del Código Penal:

“1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.”

De este modo, la peligrosidad criminal se evidencia como el fundamento de las medidas de seguridad, vinculándolas, eso sí, a los límites máximos temporales y de gravedad a los de la pena que abstractamente era aplicable al hecho. Esta regulación ha sido objeto de crítica por una parte importante de la doctrina española, la cual considera que, con ella, se vincula la peligrosidad criminal futura a hechos pasados y, como consecuencia, la duración de la medida no puede superar la que hubiera correspondido si se le hubiera impuesto una pena, independientemente de que la medida haya alcanzado su fin preventivo-especial.⁷¹

Precisamente este artículo es uno de los que se verían más ampliamente afectados, si sigue su curso el Anteproyecto presentado el 3 de abril de 2013, ya que el objeto principal de la reforma es el sistema de penas, tratando de alcanzar una mayor relación con lo que la sociedad considera justo, tal y como se manifiesta en su Exposición de Motivos.⁷² En lo que a las medidas de seguridad se refiere, supondría instaurar un sistema dualista “puro”, donde la peligrosidad criminal del sujeto asumiría el papel protagonista. En esta dirección, se proponen una modificación fundamental: la anunciada modificación en la redacción del apartado segundo del artículo 6 del Código Penal español: “Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.”, quedando así las medidas de seguridad vinculadas, casi en exclusividad, a la peligrosidad criminal del sujeto, rompiendo toda relación con la pena. El principio de proporcionalidad, que debe regir en la determinación de la pena, se desligaría de la gravedad de los hechos cometidos para depender sólo del pronóstico de peligrosidad del sujeto, lo que, en principio, parece más adecuado teniendo en cuenta que es precisamente ésta la que justifica la aplicación de las medidas.⁷³ Sin embargo, también hay quien considera que usar como criterio

⁷¹ En este sentido, entre otros, ZUGALDÍA, “Medidas”, cit. nota nº 13, p. 205; SANZ, *Las medidas*, cit. nota nº 1, pp. 184-196; GRACIA/ALASTUEY/BOLDOVA, *Tratado*, cit. nota nº 6, p. 462.

⁷² Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica presentado el 3 de abril de 2013: “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas.”

⁷³ En pro de la seguridad jurídica exigida, así como del respeto al principio de legalidad, parece que se desarrolla la propuesta del Ministerio de Justicia español en artículos como el 98.3, relativo al internamiento en centro psiquiátrico, o el 100, referido al internamiento en centro de deshabitación, en los que se prevé una duración máxima de cinco años. Siendo esto así, ambos principios se respetarían ya que los sujetos conocerían previamente el límite máximo y el Juez tendría un marco legal determinado en el que basarse en el momento de dictar Sentencia. No obstante, en el caso del internamiento en centro psiquiátrico, se permite la aprobación de prórrogas sucesivas de cinco años, si “el internamiento continúa siendo necesario para evitar que el sujeto que sufre la anomalía o alteración psíquica cometa nuevos delitos a causa del mismo”, lo que podría llevar a la imposición de una medida de seguridad por tiempo indefinido, en virtud de la peligrosidad del sujeto. Parece que sería necesario un desarrollo normativo de la medida en el que se regulasen los requisitos de las prórrogas de tal manera que fueran endureciéndose conforme pasara el tiempo.

delimitador de la duración de la medida la peligrosidad del sujeto, conlleva un riesgo importante para el respeto de garantías propias del Estado de Derecho tan relevantes como la seguridad jurídica, el principio de legalidad y la dignidad humana.⁷⁴

Conclusiones y algunas consideraciones finales.

Señalado lo anterior, consideramos adecuado iniciar las conclusiones de este trabajo señalando cuáles son los puntos conexos e inconexos presentes entre el ordenamiento jurídico-penal chileno y el español, en lo que a las medidas de seguridad se refiere.

Comenzando por las diferencias, su principal rasgo divergente es la ausencia de una regulación sistemática de las medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico penal chileno que otorgue cierta seguridad jurídica y el cumplimiento de las garantías propias de un Estado de Derecho. Además, se han reincorporado recientemente a éste las medidas de seguridad pre-delictuales, después de haberlas derogado formalmente a mediados de la década de los noventa, como exigían los principios propios de un Derecho Penal de hecho. En España, por contra, con mayor o menor fortuna, encontramos dentro del Código Penal una regulación sistemática en la que nos indica cuáles son las medidas de seguridad a imponer, bajo qué criterios, y en qué condiciones, estando previstas sólo las medidas post-delictuales.

A pesar de lo anterior, cuentan con importantes elementos en común, partiendo de que los dos ordenamientos jurídicos contienen un modelo dualista. Éste mantiene aspectos tradicionales, como la aplicación de las medidas de seguridad a los sujetos inimputables, es decir, a aquellos a quienes no se puede responsabilizar penalmente por sus actos delictivos, pero presentan un pronóstico de peligrosidad. En estos casos, dicha peligrosidad justificaría la medida, si bien, su duración máxima se vincula a la de la pena que le hubiera correspondido al sujeto de haber sido responsable. Junto a esto, también encontramos en ambas legislaciones previsiones modernas, como es la ampliación del ámbito subjetivo de las medidas de seguridad a los sujetos imputables, aplicándolas junto a las penas, en determinados casos de delincuentes habituales de delitos graves. No obstante, la elección concreta de dichos delincuentes difiere. Si en Chile se prevén medidas de seguridad, junto con la pena correspondiente, para los sujetos imputables que hayan llevado a cabo delitos de violencia intrafamiliar así como el de conducción en estado de ebriedad, en España, por ahora, se reserva para los agresores sexuales y los terroristas –aunque de aprobarse la

⁷⁴ Así lo manifiesta ALONSO, “Medidas”, cit. nota nº 11, p. 113; en un sentido similar ya lo advirtió OCTAVIO, “Las medidas”, cit. nota nº 6, p. 123, al considerar que relacionar la duración de la medida de seguridad con la peligrosidad sería más congruente pero “acaso [...] se pagara con la inseguridad [...] derivado de la exigencia de concretar, con la mayor precisión, el grado de peligrosidad y con la doble inseguridad derivada de la necesidad de determinar, con el máximo de exactitud, los singulares delitos comisibles en el futuro y las respectivas penas que pudieran corresponderles”; en contra de este criterio MAZA, “La necesaria reforma”, cit. nota nº 6, p. 40, advierte que “este planteamiento, sin duda provocado por loables intenciones garantistas, plenamente justificadas en reprochables antecedentes en el tratamiento de los internados en nuestra práctica judicial tanto como por la, a veces, inconfesada desconfianza en los propios resultados de los procedimientos terapéuticos, supone, en definitiva, un contrasentido insalvable (excepto quizá en el caso de los semi imputables) entre la naturaleza y el fundamento de la medida de seguridad (la búsqueda de la terapia que elimine la peligrosidad del individuo irresponsable de su acción) y la aplicación sometida a unos límites ajenos por completo a los intereses de la finalidad terapéutica.”

Reforma propuesta en el Anteproyecto de 4 de abril de 2013, se ampliaría el ámbito subjetivo-.

En la actualidad, tanto Chile como España se encuentran en un momento de reforma legislativa integral. Chile está en pleno proceso de redacción de un Proyecto de Código Penal nuevo, el segundo intento de este milenio. La anterior propuesta, materializada en el Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005,⁷⁵ a pesar de reconocerse como uno de sus fundamentos principales la reforma del sistema de penas en el cual las medidas de seguridad tuvieran su propio espacio, en su redacción final no se plasmó dicha regulación.⁷⁶ Habrá que confiar en que esto se corrija y se regule dentro del Código Penal, o en una ley especial pero integral, el sistema de medidas de seguridad. Obviamente este debería sustentarse sobre una serie de medidas que cumplieran con los requisitos apuntados más arriba: naturaleza jurídico-penal, carácter post-delictual, fundamentadas en la peligrosidad del sujeto y con una finalidad terapéutica y/o *inocuidadora*. Consideramos que en este momento la ampliación del ámbito subjetivo de las medidas de seguridad a determinados sujetos imputables es incuestionable si bien, debería delimitarse a los considerados delincuentes habituales de delitos graves.

Por su parte, España, ya cuenta con un Anteproyecto de Reforma, y la propuesta respecto a la nueva regulación de las medidas de seguridad está siendo objeto de una viva discusión doctrinal. Clara manifestación de la misma la encontramos en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*.⁷⁷ Como señalamos en el apartado anterior, la principal modificación gira en torno al protagonismo que se pretende conceder a la peligrosidad del sujeto en la determinación y duración de la medida de seguridad. Realmente, esta decisión parece adecuarse más al concepto originario de las medidas de seguridad, si bien es preciso una regulación que no favorezca la imposición injustificada a un sujeto de una doble sanción por los mismos hechos, o la vulneración de los principios de proporcionalidad junto con el respeto de la dignidad de las personas, en aras de la protección de la sociedad. En este sentido, nos parece acertada la propuesta de Sanz Morán⁷⁸ quien, en lo que aquí nos interesa, defiende la redacción del artículo 6.2 del Anteproyecto aunque limita a un máximo de quince años el internamiento en centro psiquiátrico, el cual sólo se puede alcanzar mediante la imposición de una medida de seguridad por un período de diez años, prorrogable anualmente hasta alcanzar, los citados quince. Además, en lo que a la libertad vigilada se refiere, entre otras propuestas, plantea la eliminación del automatismo, siendo necesario acreditar en cada caso la peligrosidad del sujeto.

⁷⁵ Texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, desde el 8 de mayo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2005. Entregado al Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, el día 18 de diciembre de 2005. Elaborado por Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto, Secretaría Técnica.

⁷⁶ Criticado por ETCHEBERRY, "Reflexiones", cit. nota nº 13, p. 241; FALCONE, "Una mirada", cit. nota nº 8, p. 248, también considera imprescindible la sistematización de las medidas de seguridad.

⁷⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *Estudio crítico*, cit. nota nº 12, pp. 415-484, Acale Sánchez, Etxebarria Zarrabeitia, Sanz Morán y Zugaldía Espinar, analizan y proponen, en su caso, una alternativa a la propuesta de modificación de la regulación de las medidas de seguridad.

⁷⁸ SANZ MORÁN, Ángel José, "Medidas de seguridad", en: ÁLVAREZ, *Estudio crítico*, cit. nota nº 12, 2013, pp. 467-479.

TAPIA, Patricia. “Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro?
de su regulación en la legislación chilena y española”

En definitiva, consideramos que se debe aprovechar el proceso de reforma penal en el que se encuentran Chile y España para tomar las decisiones de política-criminal en torno a las medidas de seguridad que permitan establecer una regulación de las medidas de seguridad fuerte y coherente dentro del Derecho Penal. Para ello deben respetarse los ya mencionados elementos inherentes de las mismas (naturaleza jurídico-penal, carácter post-delictural, fundamentación en la peligrosidad y finalidad terapéutica y/o *inocuidadora*).

Pero, también, en esta nueva regulación, la peligrosidad debería adoptar un papel protagonista en la determinación y duración de la medida, sin que esto implique la creación de “medidas perpetuas”. Así, se antojaría imprescindible tanto el establecimiento de mecanismos de revisión periódicos en los que se analizase el mantenimiento de las circunstancias que justificaron la imposición de la medida de seguridad, como la determinación de un límite máximo de duración. En este contexto, entendemos que tiene cabida la acumulación de penas y medidas de seguridad para determinados sujetos imputables, siempre y cuando no se trate de una imposición automática y esté basada en la persistencia de la peligrosidad del sujeto que ya ha cumplido la pena.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, “Medidas de seguridad”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- ALONSO RIMO, Alberto, “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho Penal de la peligrosidad”, *Estudios Penales y Criminológicos* nº 29 (2009), pp. 107-139.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, “La nueva “medida de seguridad” de “libertad vigilada” aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La admisión de los postulados del “derecho penal del enemigo” por la lo 5/2010”, *Cuadernos de Política Criminal* nº 103 (2011), pp. 95-132.
- CARUSO FONTÁN, María Viviana., “Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso””, *Revista Penal* nº 31 (2013), pp. 3-21.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Santiago: Universidad Católica, 2005.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La medida de libertad vigilada para adultos”, *Revista de Derecho Penal*, (España) nº 36 (2012), pp. 21-56.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- _____, “Reflexiones sobre Política Criminal”, *Política Criminal* nº 7 (2009), pp. 235-249.
- EXNER, Franz, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin: Guttentag, 1914.
- FALCONE SALAS, Diego, “Una Mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, (2007).
- FRISCH, Wolfgang, “Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, *ZStW* 102 (1990), pp. 343-393.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Tomo I, Parte General*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GRACIA MARTÍN, Luis; ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

TAPIA, Patricia. “Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro?
de su regulación en la legislación chilena y española”

GRIBBOHM, Günter, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei den mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung*, JuS, 1967.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Montevideo: BdeF, 2009.

_____, “Las medidas de seguridad. Distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad”, *Revista de Derecho Penal*, (Uruguay), nº 16 (2006), pp. 153-174.

_____, “Crisis y pervivencia de las exigencias humanizadoras del derecho penal en la cuestión de los menores”, *Gaceta Jurídica* nº 239 (2000), p. 38.

HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*, Santiago: Jurídica de las Américas, 2008.

HUERTA TOCILDO, Susana, “Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, 1922.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia, “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 7 (2012), pp. 13-50.

JORGE BARREIRO, Agustín, “El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coords.), *La reforma de la Justicia Penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón de la Plana: Universitat Jaume I, 1997.

LEAL MEDINA, Julio, “El concepto de peligrosidad en el Derecho Penal español. Proyección legal y alcance jurisprudencial. Perspectivas actuales y de futuro”, *Diario La Ley*, nº 7643, Sección Doctrina, (2011), p. 16.

_____, *La Historia de las medidas de seguridad*, Navarra: Aranzadi, 2006.

MALDONADO FUENTES, Francisco, “¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo”, *Política Criminal* nº 12 (2011), pp. 387-447, en http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A5.pdf

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (edits.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002.

- MAZA MARTÍN, José Manuel, “La necesaria reforma del Código Penal en materia de medidas de seguridad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- NAVARRO FRÍAS, Irene, “Psicopatías y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y la libertad vigilada tras la última reforma del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal* nº 105 (2011), pp. 117-158.
- NISTAL BURÓN, Javier, “La insuficiencia de la respuesta dada al delito con la pena. La nueva medida de “custodia de seguridad””, *Revista Aranzadi doctrinal*, 10/2013 (2013), p. 12.
- NUÑEZ VÁZQUEZ, Cristóbal, *Tratado del Proceso Penal y del juicio oral*, Santiago: Jurídica de las Américas, 2009.
- OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, “Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites”, *Revista del Poder Judicial* nº 60 (2000), pp. 107-135.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Peligrosidad criminal y Constitución”, *Indret* nº 3 (2008), p. 23.
- SANZ MORÁN, Ángel José, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid: Lex Nova, 2003.
- _____, “Medidas de seguridad”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, (director), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- _____, “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en: MUÑOZ CONDE, Francisco; LORENZO SALGADO, José Manuel; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Un Derecho Penal Comprometido: Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- _____, “El tratamiento del delincuente habitual”, *Política Criminal* nº 4 (2007), pp. 16, en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_4_4.pdf
- STRATENWERTH, Günter, *Schweizerischen Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, Bern: Stämpfli, 2006.
- URRUELA MORA, Asier, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, Granada: Comares, 2009.
- _____, “Los principios informadores del Derecho de Medidas en el Código Penal de 1995”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 8 (2001), pp. 167-194.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Cristóbal, “Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- ZIFFER, Patricia, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

TAPIA, Patricia. “Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro?
de su regulación en la legislación chilena y española”

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* n° 1 (2009), pp. 199-212.